

Sygn. akt: KIO 783/18

WYROK
z dnia 10 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Zuzanna Idzkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 kwietnia 2018 r. przez **M. M. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. M. P. Abapest Zakład Deratyzacji Dezynsekcji i Dezynfekcji,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Targówek m.st Warszawy,**

przy udziale **J. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J. Ł. Deral-Dez,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania ujawnienia złożonych przez Przystępującego wyjaśnień dotyczących ceny i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ujawnienie ww. wyjaśnień oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3, 7c i 8 ustawy Pzp z uwagi na zaofferowanie ceny nieuwzględniającej minimalnej stawki godzinowej za pracę;
3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;
4. Kosztami postępowania obciąża Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Targówek m.st Warszawy i:

- 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
- 4.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Targówek m.st Warszawy – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonywanie usług w zakresie likwidacji zagrożeń epidemiologicznych poprzez odszczurzenie, usuwanie insektów, dezynfekcję i likwidację szkodników nietypowych oraz usuwanie zanieczyszczeń nietypowych w nieruchomościach administrowanych przez Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Targówek przy ul. Gościeradowskiej 5 w Warszawie (część nr 1 i 2).*

W dniu 23 kwietnia 2018 r. M. M. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Abapest Zakład Deratyzacji Dezynsekcji i Dezynfekcji M. M. P. wniósł odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty J. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Deral-Dez J. Ł. w zakresie części 1 i 2, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7a w zw. z art 85 ust. 1 i art. 91 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 66 Kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Deral-Dez i dokonanie jej wyboru jako najkorzystniejszej, mimo upływu terminu związania ofertą;
- art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 8 ust 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez błędne przyjęcie, że złożone przez Deral-Dez wyjaśnienia dotyczące ceny zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa;
- art. 7 ust 1 i ust. 3 w zw. art. 89 ust 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Deral-Dez, mimo że zawiera ona rażąco niską cenę;
- art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 i pkt 7c i 8 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez błędne przyjęcie, że złożone przez Deral-Dez wyjaśnienia dotyczące ceny mogą zmienić wyraźne oświadczenia wykonawcy, że nie brał pod uwagę stawki godzinowej obowiązującej zgodnie z przepisami prawa wynikającymi z minimalnego wynagrodzenia za pracę, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz powoduje że oferta jest nieważna na podstawie innych przepisów i stanowi wariant w zakresie sposobu realizacji zamówienia w stosunku do wyraźnego zakazu w tym zakresie ustanowionego w pkt III ust. 8 SIWZ;

- art. 7 ust 1 i ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez nieodrzuconie oferty złożonej przez Deral-Dez, mimo że cena zaoferowana za realizację zadania w zakresie stawki roboczogodziny z VAT za wykonanie usług w zakresie likwidacji szkodników nietypowych oraz usuwania zanieczyszczeń nietypowych jest niezgodna z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę, a tym samym jest to cena nierealna i nierynkowa, co narusza zasady uczciwej konkurencji;
- art. 7 ust. 1 i ust 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Deral-Dez jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie części 1 i 2.

1. Odwołujący podniósł, że Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Deral-Dez, który na dzień dokonania ww. czynności, tj. na dzień 18 kwietnia 2018 r. nie był już związany treścią swojej oferty.

Zdaniem Odwołującego, w dniu wyboru oferta Deral-Dez nie miała cech oferty w rozumieniu art. 66 Kodeksu cywilnego, a sam fakt, że wykonawca wniósł wadium w formie pieniądza i nie wystąpił o jego zwrot nie oznacza, że był związany ofertą na dzień jej wyboru. Odwołujący stwierdził, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej nie budzi wątpliwości pogląd, że termin związania ofertą oraz utrzymywanie ważności wadium to dwie różne czynności prawne, wyodrębnione przez ustawodawcę w art. 85 ust. 4 ustawy Pzp. Aby oferta była „ważna” wykonawca jest zobowiązany do złożenia oświadczenia woli o wyrażeniu zgodny na przedłużenie terminu związania ofertą oraz do wyrażenia oświadczenia woli o utrzymaniu ważności wadium, przedłużenia jego ważności, wniesieniu nowego.

Odwołujący wskazał, że w dniu 20 kwietnia 2018 r., na pytanie o termin związania ofertą Deral-Dez, uzyskał następującą odpowiedź od Zamawiającego: *Informuje, że zgodnie z przepisami żadna oferta nie wygasa z niniejszego postępowania z uwagi na złożenie wadium w formie pieniądza bezterminowo jak również żaden z was nie wystąpił o jego zwrot Wobec tego żaden z wykonawców nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 7a, gdyż zamawiający nie zwracał się drugi raz o przedłużenie terminu i nie oczekiwał na nie odpowiedzi. Wykonawca Deral-Dez złożył oświadczenie woli związania swojej oferty do ostatecznego zakończenia ww. postępowania w dniu 19.04.2018.*

Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, że Deral-Dez nie był związany swoją ofertą na dzień wyboru oferty najkorzystniejszej, a zatem złożona przez niego oferta nie mogła być prawidłowo wybrana najkorzystniejsza, gdyż w dniu 18 kwietnia 2018 r. nie miała ona waloru oferty w rozumieniu art. 66 Kodeksu cywilnego. Na tę też okoliczność

Odwołujący wniósł o przesłuchanie w charakterze świadków pracownika Zamawiającego T. F. oraz J. Ł. w okresie od 6 marca 2018 r., gdy został wydany wyrok sygn. akt KIO 314/18 do dnia 23 kwietnia 2018 r. na okoliczność złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez Odwołującego, zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa przez J. Ł. oraz upływu terminu związania jego ofertą.

2. Odwołujący wskazał, że w dniu 19 kwietnia 2018 r. powziął informację, że Deral-Dez zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnienia złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 23 marca 2018 r. Zamawiający odmówił Odwołującemu dostępu do wyjaśnień dotyczących ceny oferty ww. wykonawcy, w związku z czym Odwołujący skierował do Zamawiającego prośbę o ustosunkowanie się do następujących pytań:

- czy Deral-Dez dołączył do wyjaśnień tajemnicy przedsiębiorstwa uzasadnienie jej zastrzeżenia;
- czy uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spełnia wymagania art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- czy w wyjaśnieniach są informacje mające walor tajemnicy przedsiębiorstwa i czy Zamawiający dokonał badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący podał również, że w treści maila do Zamawiającego wskazał, że jeżeli Deral-Dez nie dołączył uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa lub też ma ono charakter lakoniczny, to wyjaśnienia nie mogą zostać uznane za skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Również samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powinno spełniać wymagania ww. przepisów, aby mogło zostać zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. W przypadku, gdy uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i/lub same wyjaśnienia tajemnicy przedsiębiorstwa nie spełniają wymagań art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Odwołujący wniósł o ich odtajnienie i niezwłoczne przekazanie. W odpowiedzi na powyższe Zamawiający oświadczył: (...) *Deral-Dez dołączył wyjaśnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, które spełnia wymagania zawarte w art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający analizując wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny przez wykonawcę Deral-Dez uznał za zasadne jak i skuteczne zastrzeżenie jako tajemnice przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia wykonawcy zawierają informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa, które nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, oraz podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności.* Zamawiający przekazał również Odwołującemu przedłożone przez Deral-Dez uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Po zapoznaniu się z jego treścią Odwołujący uznał, że Deral-Dez w żaden sposób nie wykazał, że zastrzeżone przez niego dokumenty mają walor

tajemnicy przedsiębiorstwa. Zdaniem Odwołującego, uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień nie wykazuje zasadności ich utajnienia. Deral-Dez przedstawił lakoniczne uzasadnienie zastrzeżenia przedmiotowych informacji, powołał się wyłącznie na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, pismo to nie zawiera jednak zasadniczego wyjaśnienia, dlaczego informacje zawarte w złożonych wyjaśnieniach miałyby być w całości uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał też, że Deral-Dez składał już wyjaśnienia w zakresie sposobu kalkulacji ceny w dniu 12 stycznia 2018 r. i nie zostały one zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego w obecnie złożonych wyjaśnieniach nie ma zawartych żadnych nowych informacji w stosunku do tych, które zostały zawarte w piśmie z 12 stycznia 2018 r.

Odwołujący podniósł, że Deral-Dez w uzasadnieniu zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie odniósł się do żadnej z trzech przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, świadczących o tym, że dane informacje spełniają wymogi uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Deral-Dez nie wykazał tym samym dlaczego zastrzeżone przez niego informacje w tym konkretnym postępowaniu w takim zestawieniu mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, w związku z czym należy je odtajnić. Zdaniem Odwołującego Deral-Dez nie podjął nawet próby wykazywania, że zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje odnoszące się do wyjaśnień ceny taki walor mają. Mimo to pismo z dnia 29 marca 2018 r. zawierające uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zostało ocenione przez Zamawiającego jako zawierające wystarczające uzasadnienie dla uznania, że Deral-Dez w sposób zgodny z prawem objął wyjaśnienia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z taką oceną Odwołujący się nie zgodził i powołując się na uchwałę Sądu Najwyższego w sprawie o sygn. akt III CZP 74/05 wskazał, że zamawiający zobowiązany jest zbadać, czy w konkretnej sytuacji po pierwsze wykonawca udowodnił – poprzez dołączone uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, że dane informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a po drugie – czy wystąpiły przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Odwołującego w niniejszej sprawie Zamawiający ocenił wprawdzie wyjaśnienia pod kątem zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jednak ocena tych wyjaśnień była pobieżna. Zamawiający wypełnił więc obowiązek zbadania zasadności takiego zastrzeżenia tylko w ujęciu formalnym. Merytoryczna ocena wyjaśnień winna była bowiem prowadzić do wniosku, że Deral-Dez nie podał żadnych okoliczności właściwych, które pozwalałyby przyjąć, że dokonane zastrzeżenie jest zasadne, tym bardziej w sytuacji, w której pierwsze wyjaśnienia z 12 stycznia 2018 r. były jawne.

Odwołujący podniósł, że możliwość wyłączenia jawności postępowania istnieje w sytuacjach zupełnie wyjątkowych, tylko i wyłącznie w uzasadnionych przypadkach

przewidzianych w przepisach ustawy Pzp. Możliwość ta nie może być nadużywana lub traktowana rozszerzająco, albowiem zasada jawności postępowania jest zasadą nadrzędną. Ciężar udowodnienia zaistnienia absolutnie wyjątkowych okoliczności spoczywał na Deral-Dez, który takiego zastrzeżenia dokonał, oraz na Zamawiającym, gdyż nie zdecydował się on na odtajnienie informacji.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w dniu 19 kwietnia 2018 r. odmówił mu dostępu do jakiegokolwiek dokumentacji związanej z wyjaśnieniami ceny złożonymi przez Deral-Dez z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa. Na skutek tego Odwołujący nie jest w stanie zweryfikować poprawności działania Zamawiającego i tym samym w sposób precyzyjny postawić zarzutów w niniejszym odwołaniu oraz odnieść się szczegółowo do kalkulacji ceny, wysokości przyjętych przez Deral-Dez kosztów pośrednich, marży itp. Odwołujący może opierać się wyłącznie na przypuszczeniach co do treści wyjaśnień i nie widzi żadnych okoliczności, z uwagi na które wyjaśnienia złożone 29 marca 2018 r. miałyby się różnić w swojej warstwie merytorycznej od wyjaśnień złożonych wcześniej. Odwołujący stwierdził, że przypuszcza (choć nie jest w stanie tego zweryfikować), że w piśmie z 29 marca 2018 r. Deral-Dez nie zawarł żadnych nowych informacji w stosunku do tych zamieszczonych w piśmie z 12 stycznia 2018 r. Deral-Dez zastrzegł powyższe wyjaśnienia w sposób zupełnie nieuprawniony, co zostało niestety uznane przez Zamawiającego za czynność prawidłową, tylko i wyłącznie po to, aby utrudnić Odwołującemu dostęp do wyjaśnień oraz utrudnić uczciwą konkurencję. Zamawiający nie miał prawa akceptować zastrzeżenia całości wyjaśnień, zaś z uwagi na lakoniczność uzasadnienia w ogóle nie można akceptować takiego zastrzeżenia. Zamawiający powinien był zbadać, czy wyjaśnienia spełniają wymagania tajemnicy przedsiębiorstwa i jeżeli doszedłby do przeciwnych wniosków zobligowany był zanonimizować tylko te informacje, które ewentualnie mogłyby mieć walor takiej tajemnicy.

3. Odwołujący podniósł, że oferta wykonawcy Deral-Dez podlega odrzuceniu ze względu na zaoferowanie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu został wydany przez Krajową Izbę Odwoławczą wyrok z dnia 5 stycznia 2018 r, sygn. akt KIO 2643/17, którym Izba uwzględniła odwołanie wniesione przez Odwołującego i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawcy Deral-Dez na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnień ceny odnośnie zaoferowanej dla części 1 i 2 zamówienia stawki roboczegodziny, w szczególności wyjaśnienia, czy cena ta uwzględnia powszechnie obowiązujące przepisy w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę, a następnie nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem wyniku dokonanej oceny złożonych

wyjaśnień. Na skutek powyższego wyroku Deral-Dez złożył wyjaśnienia w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z 9 stycznia 2018 r. Zamawiający uznał wyjaśnienia przedłożone przez Deral-Dez za prawidłowe i wybrał w dniu 15 lutego 2018 r. ofertę tego wykonawcy. Odwołujący nie zgodził się z przedmiotową czynnością i wniósł odwołanie, w którym podniósł, że Deral-Dez nie udowodnił, że zaoferowana przez niego stawka roboczogodziny z VAT za likwidację szkodników nietypowych oraz usuwanie zanieczyszczeń nietypowych w wysokości 2,09 zł jest realna, w tym że uwzględnia przepisy dotyczące minimalnego wynagrodzenia za pracę. Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu ww. odwołania w wyroku z dnia 6 marca 2018 r, sygn. akt KIO 314/18 uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp i nakazała Zamawiającemu, w części 1 i 2 postępowania, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym ponowienie czynności wezwania Wykonawcy Deral-Dez do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jak również nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem wyniku powtórnie dokonanej oceny złożonych wyjaśnień. Izba w uzasadnieniu ww. wyroku zauważyła, że Zamawiający w poprzednio skierowanym do Deral-Dez wezwaniu nie zawarł wymogu wypowiedzenia się co do minimalnej stawki godzinowej, a okoliczność ta ma decydujący wpływ na ocenę wyjaśnień. Dalej Izba podniosła że *w niniejszej sprawie, uwzględniając jej indywidualny stan na moment orzekania, istnieje potrzeba doprecyzowania elementów składających się na kalkulację ceny oferty i wobec treści wyjaśnień zamawiający był zobowiązany do ponownego wezwania Deral-Dez do wyjaśnienia najistotniejszych i budzących wątpliwości kwestii. (...) W ocenie Izby zamawiający naruszył przepisy ustawy, ponieważ zapoczątkował jedynie proces wyjaśnienia ceny zaoferowanej przez Deral-Dez, natomiast z niezrozumiałych przyczyn przerwał go i dokonał czynności oceny ofert przed jego kompletnym, zgodnym z przywołanymi unormowaniami zakończeniem* (strony 34-35 wyroku KIO 314/18). Izba wskazała również, że *wyjaśnienia złożone przez Deral-Dez w ocenie Izby powinny być zostać przez zamawiającego krytycznie przeanalizowane co do kosztów wskazanych w wyjaśnieniach i wynikających z przedmiotu zamówienia tj. kosztów m.in. preparatów, środków chemicznych, odzieży roboczej, kosztów sprzętu, a także co do zysku – nie można również obecnie wykluczyć potrzeby dalszego doprecyzowania co do innych składników ceny, w zależności od ponownej oceny dokonanej przez zamawiającego* (strona 35 wyroku KIO 314/18).

Odwołujący stwierdził, że z uwagi na niezasadne zastrzeżenie wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz bezpodstawne utrzymanie ich tajemnicy przez Zamawiającego, nie jest w stanie zweryfikować, czy Zamawiający postąpił zgodnie

z powyższym nakazem Izby. Podniósł jednak, że ma daleko idące wątpliwości co do poprawności działania Zamawiającego, gdyż ten w treści pisma z 23 marca 2018 r. nakazał, aby w kalkulacji ceny za roboczogodzinę świadczenia usług w zakresie likwidacji szkodników nietypowych (2,09 zł brutto) wykonawca odniósł się do takich elementów, jak zakup preparatów, środków chemicznych, odzieży roboczej, kosztu amortyzacji sprzętu, kosztów transportu, kosztów wynajmu magazynu itp. Zamawiający, wbrew uzasadnieniu wyroku KIO 314/18, nie nakazał więc odniesienia się do minimalnej stawki godzinowej za pracę. Ponadto, w treści ww. wezwania Zamawiający wskazał, że oceniając złożone wyjaśnienia będzie brał pod uwagę m.in. koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Zamawiający nie odniósł się więc w treści wezwania, wbrew uzasadnieniu wyroku KIO i wbrew przepisowi art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, do minimalnej stawki godzinowej.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Okoliczność ta była podkreślana przez Krajową Izbę Odwoławczą. W wyroku o sygn. akt KIO 314/18 Izba podniosła dokonując analizy przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz art. 90 ust. 1 Pzp, że (...) *Ustawodawca użył pomiędzy kosztami minimalnego wynagrodzenia oraz kosztami minimalnej stawki godzinowej spójnika „albo”, który jest spójnikiem współrzednym rozłącznym, czyli spójnikiem dopuszczającym alternatywę w wyborze, to znaczy, że zamawiający był uprawniony do wyboru czy wymaga od wykonawcy wyjaśnień co do kosztów pracy w stosunku co do minimalnego wynagrodzenia za pracę czy w stosunku co do minimalnej stawki godzinowej. Po wtóre okoliczność ta ma decydujący wpływ na ocenę wyjaśnień wykonawcy Deral-Dez, bowiem ich treść, jako odpowiedź na wezwanie zamawiającego, jest bezpośrednio związana z dokładnym brzmieniem wezwania (strona 27 wyroku KIO 314/18).*

Odwołujący podniósł, że z uwagi na fakt, że Zamawiający w piśmie z 23 marca 2018 r. nie zwrócił się o odniesienie się do minimalnej stawki godzinowej, Odwołujący ma uzasadnione powody, aby twierdzić, że Deral-Dez złożył wyjaśnienia identyczne jak w odpowiedzi na poprzednie wezwanie, tj. nie wykazał, że w zaoferowanej stawce za roboczogodzinę świadczenia usług uwzględnił minimalną stawkę godzinową. Ponadto, jeżeli w wyjaśnieniach z 29 marca 2018 r. Deral-Dez nie odniósł się do kwestii uwzględnienia minimalnej stawki godzinowej za pracę pomimo braku wyraźnego wezwania w tym zakresie przez Zamawiającego, to świadczyło to o niezachowaniu należytej staranności wymaganej

od wykonawcy, który jest profesjonalistą. Przedmiotowej kwestii dotyczyły już dwa postępowania odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą, wykonawca wiedział więc, co jest przedmiotem sporu i kwestią wymagającą wyjaśnienia co najmniej od 5 stycznia 2018 r., w którym to dniu Izba wydała pierwszy wyrok w przedmiotowej sprawie. Co więcej, od momentu wniesienia pierwszego odwołania (13 grudnia 2017 r.) Deral-Dez mógł się przygotować do złożenia przekonujących i rzetelnych wyjaśnień w zakresie ceny za roboczogodzinę świadczenia usług.

Odwołujący stwierdził, że przypuszcza, że Deral-Dez, podobnie jak w poprzednio złożonych wyjaśnieniach, odnosi się do stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę, ilości zatrudnionych pracowników oraz kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na sfinansowanie niniejszego zadania, czyniąc to w oderwaniu od zaoferowanej stawki za roboczogodzinę świadczenia usług i kosztów minimalnej stawki godzinowej za pracę. W ocenie Odwołującego, Deral-Dez mógł złożyć wyjaśnienia takie jak poprzednio, tj. że (...) *kalkulując stawkę roboczogodziny za likwidację szkodników nietypowych nie brał pod uwagę stawki godzinowej obowiązującej zgodnie z przepisami prawa wynikającymi z minimalnego wynagrodzenia (...).*

Odwołujący wskazał, że od 1 stycznia 2018 r. minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 2.100 zł (bez kosztów dodatkowych ponoszonych przez pracodawcę, które powodują, że wynagrodzenie minimalne stanowi dla pracodawcy koszt 2.532,81 zł; powoduje to, że średni koszt godziny pracy dla pracodawcy przy uwzględnieniu średnio 167 godzin pracy miesięcznie wynosi 15,17 zł brutto), natomiast minimalna stawka godzinowa wynosi 13,70 zł (jest to także koszt brutto osoby świadczącej pracę, co przy uwzględnieniu nakładów dodatkowych ponoszonych przez osobę zlecającą pracę daje kwotę 21,97 zł brutto). Zamawiający, który jest zobligowany stać na straży przestrzegania nie tylko powszechnie obowiązujących przepisów prawa, ale także ustanowionych przez siebie postanowień, powinien – co zresztą nakazała mu Izba w wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 314/18 – krytycznie zweryfikować złożone wyjaśnienia. Odwołujący ma wątpliwości, czy Zamawiający w sposób zgodny z ustawą Pzp i ww. wyrokiem KIO wywiązał się z powyższego obowiązku, jeżeli zdecydował się na wybór oferty Deral-Dez.

Odwołujący stwierdził, że ma również wątpliwości, których z uwagą na niezasadnie zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest w stanie zweryfikować, czy Deral-Dez udowodnił i odniósł się w swoich wyjaśnieniach do żądanych przez Zamawiającego informacji w zakresie zakupu preparatów, środków chemicznych, odzieży roboczej, kosztu amortyzacji sprzętu, kosztów transportu, kosztów najmu magazynu itp. Wątpliwości te są tym bardziej uzasadnione, że w poprzednich wyjaśnieniach Deral-Dez nie udowodnił, że

w stawce za roboczogodzinę świadczenia usługi w zakresie usuwania szkodników nietypowych oraz zanieczyszczeń nietypowych uwzględnił m.in.:

- minimalną stawkę za godzinę pracy pracownika zatrudnionego na podstawie umowy o pracę zgodną z rozporządzeniem;
- preparaty i środki chemiczne niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia (nie wykazał jakich preparatów użyje, w jakich ilościach, po ile te preparaty kupuje). Odwołujący wskazał, że wykonawca zobowiązany jest wykonać zlecenia przy użyciu preparatów posiadających odpowiednie zezwolenia Ministerstwa Zdrowia i Opieki Społecznej (§ 3 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy), a stosownie do brzmienia Rozdziału XII ust. 2 SIWZ skorelowana cena (z VAT) musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz wzorem umowy określonym w niniejszej SIWZ;
- kosztów transportu – kosztów dojazdu do miejsca świadczenia usługi, ilości przejechanych kilometrów, kosztów paliwa;
- rezerwy na nieprzewidziane okoliczności.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, Deral-Dez mógł nie udowodnić:

- jakie zaplecze posiada, co się na nie składa;
- jaką ilość kilometrów pokona w celu wykonania usługi, jakie będą koszty paliwa, amortyzacji i utrzymania środków transportu, o ile pozwoli to obniżyć koszt transportu;
- że 4 pracownikom wskazanym w ofercie (za co otrzymał maksymalną liczbę punktów w kryterium oceny ofert aspekty społeczne) zapłaci minimalną stawkę za pracę zgodną z rozporządzeniem;
- że zatrudniając najbliższą rodzinę, pracowników z sąsiedztwa, czy też świadcząc usługi osobiście przewidział dla tych osób (a także dla siebie) minimalne wynagrodzenie zgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami;
- jaki sprzęt własny posiada, jakiej marki, w jakiej ilości, iluletni;
- ile zaoszczędzi na skutek tego, że nie musi wynajmować sprzętu,
- jakie będą koszty utrzymania, serwisowania, naprawiania posiadanego sprzętu;
- jakie zapasy środków chemicznych i preparatów posiada – nazwa, ilość, termin ważności (termin składania ofert miał miejsce w dniu 29 listopada 2017 r., a usługa ma być świadczona do końca 2018 r. Deral-Dez nie udowodnił więc, że zmagazynowane przez niego środki chemiczne i preparaty będą miały ważną datę przydatności w momencie świadczenia usługi);
- za ile kupił zmagazynowane środki chemiczne i preparaty;
- ile zaoszczędzi na skutek posiadanych ww. zapasów.

Ponadto, Odwołujący zakłada, że Deral-Dez nie przedłożył żadnych dowodów, które potwierdzałyby prawidłowość skalkulowanej przez niego ceny i obalały domniemanie rażąco niskiej ceny. W związku z powyższym, Odwołujący zakłada (czego nie jest w stanie udowodnić z uwagi na pozbawienie go dostępu do wyjaśnień), że Deral-Dez nie udowodnił, że zaoferowana przez niego cena za roboczogodzinę (2,09 zł brutto) świadczenia usług w zakresie likwidacji szkodników nietypowych oraz usuwania zanieczyszczeń nietypowych jest ceną realną i rynkową, uwzględniającą wszystkie koszty wykonania zamówienia, a w szczególności że jest zgodna z przepisami prawa w zakresie minimalnej stawki wynagrodzenia za pracę (wykonawca uprzednio sam oświadczył, że minimalnej stawki wynagrodzenia za pracę nie brał pod uwagę). W konsekwencji, Zamawiający zobowiązany był odrzucić tę ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

4. Odwołujący podniósł, że oferta Deral-Dez podlega odrzuceniu, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak również ze względu na to, że jest ofertą wariantową, która nie spełnia minimalnych wymagań określonych przez zamawiającego oraz jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt III ust. 8 SIWZ Zamawiający wymaga, aby wykonawca lub podwykonawca na podstawie umowy o pracę zatrudniał osoby wykonujące czynności w zakresie realizacji zamówienia, zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp. Deral-Dez w treści oferty oświadczył, że zatrudni na podstawie umowy o pracę 4 osoby, za co uzyskał dodatkowe punkty w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert. W uprzednio złożonych wyjaśnieniach z 12 stycznia 2018 r. Deral-Dez co najmniej dwukrotnie oświadczył, że kalkulując stawkę roboczogodziny nie brał pod uwagę stawki godzinowej obowiązującej zgodnie z przepisami prawa wynikającymi z minimalnego wynagrodzenia. Odwołujący podniósł, że jeżeli w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z 23 marca 2018 r. Deral-Dez oświadczył, że bierze jednak pod uwagę minimalną stawkę godzinową za pracę pracownika w kalkulacji ceny za roboczogodzinę, to składa sprzeczne oświadczenia w kluczowych częściach odnoszących się do sposobu kalkulacji ceny za roboczogodzinę świadczenia usług. W ocenie Odwołującego poprzez takie działanie Deral-Dez składałby oświadczenia niezgodne z rzeczywistością tylko po to, aby uczynić zadość wezwaniu Zamawiającego. Natomiast ewentualne wyjaśnienia Deral-Dez pozostawałyby w sprzeczności z pierwotnie złożonym wyjaśnieniem, które w ocenie Odwołującego w sposób „szczerzy” oddawało intencje wykonawcy. Odwołujący po raz kolejny stwierdził, że z uwagi na niezasadne zastrzeżenie wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa, nie jest w stanie odnieść się do argumentacji podniesionej przez Deral-Dez w piśmie z 29 marca 2018 r., w związku z czym Odwołujący zmuszony jest zwrócić się do Izby o zweryfikowanie powyższej okoliczności.

Ponadto Odwołujący podniósł, że Deral-Dez poprzez złożenie oświadczenia, z którego wynika, że do kalkulacji stawki za roboczogodzinę świadczenia usług likwidacji szkodników nietypowych nie brał pod uwagę stawki godzinowej obowiązującej zgodnie z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu za pracę po pierwsze potwierdza, że złożył ofertę wariantową w stosunku do wymagań odnoszących się do zatrudnienia osób wykonujących usługę na podstawie umowy o pracę, a po drugie składa ofertę nieważną na podstawie odrębnych przepisów, czyli ofertę sprzeczną z ustawą o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz z rozporządzeniem Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej. Natomiast jeżeli wykonawca Deral-Dez odniósł się ponownie ogólnie do minimalnego wynagrodzenia za pracę bez przełożenia tego zagadnienia na stawkę za roboczogodzinę świadczenia usług, to jednoznacznie świadczy o tym, że nie uwzględnił wyroku KIO wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 314/18, a tym samym nie wykazał, że w zaoferowanej cenie uwzględnił stawkę za godzinę pracy pracownika zatrudnionego na podstawie umowy o pracę. Tym samym nie sprostął ciężącemu na nim obowiązkowi dowodowemu.

Odwołujący podniósł, że całokształt okoliczności przedmiotowego postępowania świadczy o tym, że Deral-Dez dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, ponieważ w sposób spreczny z prawem i dobrymi obyczajami za świadczenie usług w zakresie likwidacji szkodników nietypowych zaoferował nierealną i nierynkową cenę, w której nie uwzględnił przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Wykonawca dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji oferując stawkę za roboczogodzinę świadczenia ww. usług, za którą nie da się w sposób uczciwy i rzetelny zrealizować usług. Niewykluczone jest również, że ww. wykonawca przerzuca koszty pomiędzy różnymi usługami wchodzącymi w skład zadania bądź też pokrywa je z wynagrodzenia otrzymywanego w ramach innych świadczonych usług. Do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji przyczynia się również okoliczność, że Deral-Dez w sposób nieuprawniony zastrzegł jako tajemnice przedsiębiorstwa złożone wyjaśnienia dotyczące ceny, pomimo że pierwsze złożone przez niego wyjaśnienia były jawne. W związku z tym Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę złożoną przez Deral-Dez na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3, pkt 7c i pkt 8 ustawy Pzp.

5. Odwołujący podniósł, że złożenie przez Deral-Dez oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający w szczególności na sprzedaży towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 uznk).

Odwołujący wskazał, że Zamawiający żądał zatrudnienia osób realizujących usługi na podstawie umowy o pracę i podniósł, że Deral-Dez nie wziął pod uwagę stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę przy kalkulacji ceny za roboczogodzinę świadczenia usług

w zakresie likwidacji szkodników nietypowych oraz usuwania zanieczyszczeń nietypowych, chcąc za wszelką cenę wygrać przedmiotowe postępowanie, co może udowodniać teza, że Deral-Dez oparł się na minimalnym wynagrodzeniu za pracę ogólnie, a nie w ramach kalkulacji ceny za roboczogodzinę świadczenia usług likwidacji szkodników nietypowych, w której to cenie powinna zostać skalkulowana minimalna stawka godzinowa za pracę pracownika. Ponadto wziął on zapewne pod uwagę wartość szacunkową zamówienia i ewentualne zamówienia uzupełniające. Niewykluczone też, że cena za roboczogodzinę świadczenia usług została przerzucona do innych usług, a stanowi ona także element oceniany w ramach podkryterium składającego się na cenę o wartości 15%.

Odwołujący podniósł, że fakt, iż wykonawca – pomimo że zadeklarował 4 pracowników – wykonywałby zamówienie osobiście lub też do realizacji zamówienia zatrudniał najbliższą rodzinę bądź też pracowników z sąsiedztwa, nie upoważnia go do niewliczenia co najmniej minimalnej stawki godzinowej za pracę do ceny za roboczogodzinę świadczenia usługi. Takie postępowanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji – gdyby nie brać pod uwagę okoliczności, że każdy wykonawca musi w kalkulacji ceny wliczyć co najmniej minimalne wynagrodzenie za pracę, to wykonawca, który zatrudnia pracowników na podstawie umowy o pracę nie miałby nigdy równych szans w porównaniu z wykonawcą, który deklaruje, że zatrudni pracowników (za co otrzymuje dodatkowe punkty w ramach kryteriów oceny ofert) a następnie, na etapie realizacji zamówienia, z danej deklaracji by się wycofywał oświadczając, że pracę będą wykonywały osoby z rodziny, de facto bez pobierania wynagrodzenia. Tym samym Deral-Dez w sposób nieuprawniony zaniżył cenę oferty w wyniku m.in. zastosowania stawki za roboczogodzinę świadczenia usług bez uwzględnienia wymagań SIWZ oraz niezgodnie z przepisami prawa dotyczącymi minimalnej stawki godzinowej za pracę. Działania Deral-Dez naruszają tym samym interes Odwołującego jako podmiotu ubiegającego się o udzielenie przedmiotowego zamówienia oraz zakłócają konkurencję. W związku z powyższym, oferta Deral-Dez winna zostać odrzucona również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszego w zakresie części 1 i 2, odrzucenia oferty Deral-Dez na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a, pkt 3, pkt 7c, pkt 8 ustawy Pzp w części 1 i 2, odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Deral-Dez oraz dokonania wyboru oferty złożonej Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił J. Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J. Ł. Deral-Dez.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

1. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp

Zarzut jest niezasadny.

Stan faktyczny, którego dotyczy przedmiotowy zarzut, nie był między stronami sporny. Okolicznością przyznaną przez Zamawiającego jest fakt, że Przystępujący był związany ofertą do 29 marca br. i nie złożył oświadczenia o przedłużeniu tego terminu. Wybór oferty Przystępującego został dokonany 18 kwietnia br., tj. po upływie terminu związania ofertą. Istotą sporu było zagadnienie prawne dotyczące tego, czy nieprzedłużenie przez wykonawcę z własnej inicjatywy terminu związania ofertą stanowi podstawę do jej odrzucenia. W ocenie Izby na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi negatywnej.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą. Stosownie do art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że przesłanki odrzucenia oferty (podobnie jak przesłanki wykluczenia wykonawcy) zostały określone w ustawie w sposób enumeratywny i stanowią zamknięty katalog, a z uwagi na ich sankcyjny charakter wykluczona jest jakakolwiek rozszerzająca interpretacja tych przesłanek. W związku z tym nie można z tych przepisów wywodzić wniosków dalej idących, niż wynika to z ich wyraźnego brzmienia. Skoro więc przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty w sytuacji, gdy wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, to nie można z niego wywodzić obowiązku odrzucenia oferty w sytuacji, gdy zamawiający o taką zgodę nie wystąpił. Należy bowiem

zauważyć, że art. 85 ust. 2 ustawy Pzp obejmuje dwie sytuacje, tj.: 1) wykonawca może samodzielnie przedłużyć termin związania ofertą, 2) wykonawca może na wniosek zamawiającego przedłużyć termin związania ofertą, przy czym tylko w odniesieniu do drugiej ze wskazanych sytuacji przepis ten mówi o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Należy więc stwierdzić, że gdyby ustawodawca chciał, aby przedmiotowa podstawa odrzucenia oferty skorelowana była z pełną treścią art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, a więc zarówno co do samodzielnego przedłużenia, jak i w odpowiedzi na zwrócenie się o wyrażenie zgody, to wówczas w art. 89 ust. 1 pkt 7a nie zastosowałby sformułowania *nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą*, ale posłużyłby się określeniem typu *nie przedłużył terminu związania ofertą*. Ustawodawca użył natomiast wyraźnego określenia *nie wyraził zgody*, odnosząc się wyłącznie do drugiego fragmentu (drugiej możliwości) przewidzianej treścią art. 85 ust. 2 Pzp. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Lublinie w wyroku z 17 stycznia 2014 r., IX Ga 392/13, *nie ma podstaw by, na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, przyjąć, że nieprzedłużenie związania ofertą w sytuacji braku wezwania przez Zamawiającego, było równoznaczne z brakiem wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na wezwanie zamawiającego. Zamawiający może wykluczyć z postępowania na tej podstawie Wykonawcę, który nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, co oznacza, że Zamawiający musi wykazać, że występował do Wykonawców o przedłużenie tego terminu. Dopiero brak zgody Wykonawcy bądź nieprzedłużenie tego terminu przez Wykonawcę na wyraźne wezwanie Zamawiającego powoduje, że powstają przesłanki do jego wykluczenia z postępowania. Brak zgody w myśl powołanego przepisu musi być wyraźny, tak by możliwe było jednoznaczne zinterpretowanie zachowania Wykonawcy, czy to w postaci złożenia oświadczenia woli czy też określonego działania bądź zaniechania (art. 60 KC)*. Stanowisko to nie utraciło aktualności po nowelizacji z 22 czerwca 2016 r., w wyniku której niewyrażenie zgody na przedłużanie terminu związania ofertą uczyniono podstawą odrzucenia oferty, w miejsce wykluczenia wykonawcy (art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy sprzed nowelizacji). W ocenie Izby przedmiotowa nowelizacja zmieniła jedynie rodzaj sankcji wobec wykonawcy, nie rozszerzyła jednak zakresu okoliczności, które zastosowaniem takiej sankcji skutkują.

Izba wzięła również pod uwagę stanowisko Trybunału Sprawiedliwości UE wyrażone w postanowieniu z 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil Sp. z o.o. i Saferoad Kabex Sp. z o.o. przeciwko Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu. Trybunał wskazał, że wskutek występujących od wielu lat sporów dotyczących upływu terminu związania ofertą, polskie orzecznictwo wypracowało dwie równoległe linie, co spowodowało brak pewności prawnej zarówno dla wykonawców, jak i zamawiających. W tej sytuacji Trybunał kategorycznie stwierdził, że jeżeli wykluczenie wykonawcy z postępowania

ze względu na upływ terminu związania ofertą nie było wyraźnie przewidziane w ustawie ani w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to zasady równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskutek niespełnienia przez tego wykonawcę obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej. Stanowisko Trybunału, z przyczyn wskazanych we wcześniejszej części uzasadnienia, pozostaje aktualne również po nowelizacji z 22 czerwca 2016 r.

Dostrzeżenia wymaga również odmiennosc instytucji terminu związania ofertą na gruncie ustawy Pzp oraz na gruncie Kodeksu cywilnego. Dokonanie przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej nie powoduje powstania pomiędzy nim, a wykonawcą stosunku umownego (automatycznego zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego), a jedynie uprawnia go do żądania od wykonawcy złożenia kolejnego oświadczenia woli w przedmiocie zawarcia umowy. Związanie ofertą na gruncie prawa zamówień publicznych oznacza zatem jedynie powstanie po stronie wykonawcy obowiązku złożenia – w przypadku wyboru jego oferty – oświadczenia woli w przedmiocie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku, gdy wykonawca obowiązku tego nie dopełni, umowa nie zostanie zawarta. Zatem upływ terminu związania ofertą nie powoduje utraty przez ofertę waloru stanowczości i nie decyduje o nieskuteczności oferty, ale o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. Natomiast możliwość zawarcia umowy w takiej sytuacji została przesądzona poprzez usunięcie z art. 94 ust. 1 ustawy Pzp obowiązku zawarcia umowy nie później niż przed upływem terminu związania ofertą (ustawa z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. Nr 171, poz. 1058) i potwierdzona postanowieniem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2010 r. sygn. akt SK 22/08.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego.

2. Zarzut zaniechania ujawnienia złożonych przez Przystępującego wyjaśnień dotyczących ceny oferty

Zarzut zasługiwał na uwzględnienie, przesądzając o korzystnym dla Odwołującego wyniku postępowania odwoławczego.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że wbrew stanowisku Przystępującego, w świetle obecnej linii orzeczniczej Izby uwzględniającej stanowisko sądów okręgowych oraz Sądu Najwyższego, w postępowaniach o wartości zamówienia poniżej tzw. progów unijnych należy dopuścić możliwość wnoszenia odwołań na zaniechanie ujawnienia informacji

niezasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Podkreślić bowiem należy, że zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w uchwale z 17 listopada 2017 r. sygn. akt III CZP 58/17, wybór najkorzystniejszej oferty nie może być utożsamiany z ostatnią czynnością w sekwencji następujących po sobie działań zamawiającego, lecz winien uwzględniać czynności badania i oceny ofert złożonych przez wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Jak stwierdził Sąd Najwyższy, *wyliczenie przez ustawodawcę w art. 180 ust. 2 p.z.p. czynności zamawiającego podlegających zakwestionowaniu odwołaniem nie musi oznaczać istotnego ograniczenia dostępności odwołania jako środka prawnego w sprawach o udzielenie zamówień podprogowych, niewątpliwie natomiast porządkuje przebieg tych postępowań i przez to usprawnia je, gdyż osoby zamierzające zakwestionować działania zamawiającego korzystają z uprawnień do wniesienia odwołania w odniesieniu do czynności finalizujących pewne etapy postępowania. Ocena czynności zamykających takie etapy postępowania przed zamawiającym jako legalnych bądź nielegalnych wymaga jednak uwzględniania działań i zaniechań zamawiającego, które zadecydowały o ostatecznym kształcie czynności będącej w świetle art. 180 ust. 2 p.z.p. samodzielnym przedmiotem zaskarżenia w odwołaniu.* Przyjmując powyższe stanowisko Sądu Najwyższego należy dojść do wniosku, że uzyskanie dostępu do dokumentów, informacji, wyjaśnień, przedstawionych zamawiającemu przez innych wykonawców, bywa jedyną możliwością zakwestionowania prawidłowości wyboru oferty konkurencyjnego wykonawcy, a odmowa ujawnienia niezasadnie zastrzeżonych informacji może w konsekwencji prowadzić do utrzymania się wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym skład orzekający podzielił stanowisko wyrażone przez Izbę w wyroku z 22 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 272/18.

Izba ustaliła, że Przystępujący zastrzegł wyjaśnienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa, przedstawiając następujące uzasadnienie: *Poniższe informacje (wyjaśnienia oraz kalkulacja cenowa) stanowią know-how wykonawcy. Składa się na to doświadczenie zdobyte przez przystępującego, które pozwala na zaoferowanie wykonywania usług na możliwie najwyższym poziomie, przy wykorzystaniu zdobytej wiedzy w przedmiocie doboru odpowiednich środków oraz metod działania do wymagań danego zamawiającego i specyfiki przedmiotu. (potwierdziła to Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 20 lutego 2012 r.; sygn. akt KIO/UZP 277/012 oraz w wyrokach o sygn. KIO/UZP 53/09 czy wyrok KIO 818/11). Wiedza w zakresie technologii i metod wykonywania usług, jaką dysponuje dany wykonawca, stanowi jedną z najistotniejszych wartości danej firmy (potwierdziła to Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 23 stycznia 2009 r.; sygn. akt KIO/UZP 59/09). Wyjaśnienie, które utajniamy stanowią informacje technologiczne, dotyczące tworzenia oferty i kalkulacji ceny, które wytworzyliśmy samodzielnie w sposób autorski w wyniku doświadczeń*

funkcjonowania na rynku - jako know-how przedsiębiorstwa świadczącego usługi dezynfekcji, dezynsekcji, deratyzacji oraz podobne. Oczywiście jest, iż pomimo podobnej specyfiki zamówień na te usługi, za każdym razem informacje zawarte w ofercie są niepowtarzalne, ponieważ są tworzone pod kątem wymagań danego zamawiającego w konkretnym postępowaniu. W tym znaczeniu, opracowania te mają charakter organizacyjny. Sposób kalkulacji ceny można zaliczyć do informacji, które stanowią cenne źródło informacji dla konkurencji. Informacje te powstają na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowią jego know-how, jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej (tak KIO w wyroku z dnia 14 maja 2013 r.; sygn. akt KIO 908/13). Wszystkie powyższe informacje są w szczególności przez nas chronione poprzez udostępnianie ich tylko wąskiemu gronu pracowników ściśle zaangażowanych w projekt i nie zostały nigdy ujawnione do informacji publicznej. Dlatego jako tajemnicę należy potraktować zarówno poniższe wyjaśnienia odnoszące się do konkretnych czynników cenotwórczych jak i szczegółową kalkulację, przedstawiającą konkretne koszty jakie ponosi wykonawca przy wykonywaniu działalności.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. W myśl zaś art. 8 ust. 3 ustawy, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przypomnienia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa pod warunkiem wykazania przez wykonawcę zasadności ich zastrzeżenia. Dostrzec należy, że w poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: *Wprowadzenie obowiązku ujawniania*

informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.

Jak wynika z przywołanego przepisu, na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i deklaracja, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki. Z przywołanego przepisu wynika także termin, w jakim powinno nastąpić wykazanie skuteczności zastrzeżenia. W odniesieniu do informacji znajdujących się w ofercie termin ten został wprost wskazany co oznacza, że wykonawca zobowiązany jest nie tylko wyjaśnić, ale i wykazać skuteczność zastrzeżenia zamawiającemu i to w określonym czasie, a mianowicie do upływu terminu składania ofert. W przypadku dokumentów składanych po tym terminie, należy przyjąć, że wykazanie to musi nastąpić równocześnie z ich złożeniem.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, Przystępujący zobowiązany był – równocześnie ze złożeniem wyjaśnień, których treść zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa – wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

W ocenie Izby Przystępujący nie sprostął ciężarowi wykazania żadnej z tych przesłanek. Lektura lakonicznego uzasadnienia zastrzeżenia prowadzi do wniosku, że obejmowało ono ogólnikowe, gołosłowne i pozbawione szerszego wywodu merytorycznego deklaracje co do spełniania poszczególnych elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorca.

Ustawodawca w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarczy więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. W rozpatrywanej sprawie Przystępujący nie wykazał Zamawiającemu, w czym należy upatrywać wartości gospodarczej tego, że zastrzegane informacje pozostaną niejawne. Przystępujący ograniczył się do ogólnikowych twierdzeń, że wiedza w zakresie technologii i metod wykonywania usług stanowi jedną z najistotniejszych wartości danej firmy, przy czym nie opisał nawet, na czym te technologie i metody mają polegać, lecz posłużył się zdaniem pochodzącym z uzasadnienia jednego z wyroków Izby. Twierdzenie o technologicznym charakterze informacji dotyczących tworzenia oferty i kalkulacji ceny nie zostało poparte żadnym wywodem i nie odnosi się do konkretnych informacji. Podobnie za ogólnikowe gołosłowne oświadczenie należy uznać wskazanie, że zastrzegane informacji stanowią know-how wykonawcy. W tym zakresie Przystępujący również przedstawił fragmenty z orzeczeń Izby, nie odnosząc zawartych w nich generalnych twierdzeń do złożonych przez siebie wyjaśnień. Nie jest też wykazaniem przesłanek objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa lakoniczne stwierdzenie, że informacje te dotyczą czynników cenotwórczych, kosztów i kalkulacji ceny. Zauważyć należy, że w zasadzie każde wyjaśnienia składane na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp obejmują tego typu informacje, a przecież nie sposób twierdzić, aby przez sam ten fakt w każdym przypadku miały one pozostawać niejawne dla innych wykonawców.

Zdaniem Izby przedstawione przez Przystępującego uzasadnienie stanowi zestawienie cytatów z wyroków KIO i zawiera ogólne twierdzenia, które nie referują do konkretnego przedmiotu zamówienia i konkretnego dokumentu, którego zasadność zastrzeżenia wykonawca miał wykazać. Nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Przystępującego, że nie mógł on przedstawić bardziej konkretnego uzasadnienia, gdyż prowadziłoby to do ujawnienia informacji stanowiących jego tajemnicę przedsiębiorstwa. Odnosząc się do tego argumentu stwierdzić należy, że nie sposób uznać, aby każde bardziej sprecyzowane uzasadnienie, niż to, które Przystępujący przedstawił (a które było w zasadzie zestawieniem generalnych tez zaczerpniętych z orzeczeń Izby), musiało się łączyć z ujawnieniem informacji, których wykonawca ujawnić nie chciał. Gdyby jednak faktycznie miało ono obejmować informacje zasługujące na ochronę, a wykonawca byłby w stanie wykazać istnienie wszystkich wynikających z przepisów prawa przesłanek zastosowania tej ochrony, to w takim zakresie uzasadnienie to mógł również zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zauważyć należy, że ustawa nakłada na wykonawców bezwzględny obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i nie można uchylić się od tego obowiązku z powołaniem się na zamiar chronienia informacji.

Izba stwierdziła również, że Przystępujący w żadnej mierze nie sprostął ciężarowi wykazania, że zastrzeżone informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej oraz że podjął niezbędne działania celem zachowania zastrzeganych informacji w poufności. Z przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wynika, że niewystracające jest podjęcie jakichkolwiek działań, lecz działań niezbędnych. Działania niezbędne to innymi słowy działania skuteczne w tym znaczeniu, że gwarantują one, że zastrzegane informacje utrzymają swój walor tajności w całym procesie przygotowywania oferty i sporządzania wyjaśnień. Tym przesłankom zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępujący poświęcił jedno zdanie uzasadnienia, w których poinformował, że *wszystkie powyższe informacje są w szczególny sposób przez nas chronione poprzez udostępnianie ich tylko wąskiemu gronu pracowników ściśle zaangażowanych w projekt i nie zostały nigdy ujawnione do informacji publicznej*. Metody i sposoby ochrony informacji nie zostały przez Przystępującego ani szerzej opisane, ani wykazane.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że Przystępujący nie wykazał Zamawiającemu istnienia ustawowych przesłanek zastrzeżenia wykazu osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a Zamawiający naruszył przepisy art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia treści tego dokumentu. Ponieważ naruszenie to może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegało w tym zakresie uwzględnieniu.

3. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na zaferowanie rażąco niskiej ceny

W związku z uwzględnieniem zarzutu dotyczącego zaniechania ujawnienia złożonych przez Przystępującego wyjaśnień Izba odstąpiła od merytorycznego rozpoznania zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na rażąco niską cenę. Odwołujący – w związku z nieznaną wyjaśnień – sformułował ten zarzut na zasadzie domysłów, wątpliwości i wniosków do Izby o skontrolowanie sposobu kalkulacji ceny oferty. Jednocześnie Odwołujący domagał się ujawnienia wyjaśnień, w celu umożliwienia mu precyzyjnego sformułowania zarzutów. Na rozprawie Odwołujący złożył oświadczenie, że zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny jest zarzutem ewentualnym, sformułowanym na wypadek nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego zaniechania ujawnienia wyjaśnień. Wobec uwzględnienia zarzutu głównego zarzut ewentualny nie podlegał rozpoznaniu.

Na marginesie, odnosząc się do złożonego przez Odwołującego oświadczenia o ewentualnym charakterze zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny, stwierdzić należy, że było to działanie racjonalne. Trudno bowiem wykazać zasadność zarzutu sformułowanego na bazie domysłów i wątpliwości, jednocześnie utrzymywanie tego zarzutu zobowiązywałoby Izbę do jego rozpatrzenia, co z kolei narażałoby Odwołującego na odrzucenie ewentualnego odwołania wniesionego po zapoznaniu się z wyjaśnieniami, z uwagi na powagę rzeczy osądzonej. W takich sytuacjach właściwą decyzją wykonawców byłoby w pierwszej kolejności zaskarżenie zaniechania ujawnienia wyjaśnień, a następnie – po zapoznaniu się z ich treścią – podjęcie decyzji w przedmiocie wniesienia odwołania wobec zaniechania odrzucenia oferty z rażąco niską ceną lub podniesienie tego zarzutu już w pierwszym odwołaniu, ale tylko z ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wobec zmodyfikowania zarzutu w sposób nadający mu charakter zarzutu ewentualnego, kwestia rażąco niskiej ceny nie została przez Izbę rozpoznana, co oznacza dla wykonawcy uprawnienie do ewentualnego wniesienia odwołania w tym zakresie w terminie licznym od udostępnienia mu wyjaśnień.

4. Zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3, 7c i 8 ustawy Pzp

Zarzuty zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7c i 8, a także częściowo na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zostały oparte na złożeniu przez Przystępującego oświadczenia o nieuwzględnieniu w cenie oferty minimalnej stawki godzinowej. Ponieważ informację tę Odwołujący powziął z pierwszych wyjaśnień Przystępującego, które były jawne, podniesione obecnie zarzuty należy uznać za spóźnione,

co skutkuje odrzuceniem odwołania w tym zakresie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ponadto, oparty na tej okoliczności faktycznej zarzut dotyczący czynu nieuczciwej konkurencji, został rozpoznany przez Izbę w postępowaniu o sygn. akt KIO 314/18 (Izba uznała ten zarzut za niezasadny). Odwołujący po raz kolejny powołał się na te same okoliczności, powielając w zasadzie treść odwołania wniesionego 20 lutego 2018 r., zatem odwołanie w tym zakresie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Odnosząc się natomiast do zarzucanego czynu nieuczciwej konkurencji, który miał polegać na zmianie złożonego w pierwszych wyjaśnieniach oświadczenia w przedmiocie uwzględnienia w kalkulacji ceny minimalnej stawki godzinowej za pracę, to zarzut należy uznać za niezasadny. Po pierwsze stwierdzić należy, że został on sformułowany na zasadzie hipotez i przypuszczeń, zatem już przez sam ten fakt trudno uznać, że Odwołujący w jakikolwiek sposób wykazał jego zasadność. Niezależnie od powyższego Izba nie stwierdziła, aby Przystępujący w kwestionowanym zakresie dokonał zmiany swoich wyjaśnień.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Przewodniczący: