

WYROK
z dnia 30 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2022 r. przez wykonawcę **LOG P.M., ul. Modrzewiowa 26, 87-400 Golub-Dobrzyń,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - 13 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Czwartaków 3, 86-300 Grudziądz,**

przy udziale wykonawcy **Eco-Plan S.A., ul. Przemysłowa 35B, 76-200 Słupsk,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** i nakazuje zamawiającemu w zadaniu nr 1, 2 i 3: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odtajnienie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami złożonych przez wykonawcę Eco-Plan S.A., wezwanie wykonawcy Eco-Plan S.A. na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień w zakresie cen jednostkowych w pozycjach dotyczących koszenia, grabienia i wywozu z terenu skoszonej trawy, przycinania żywopłotów i pasów przeciwpożarowych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża przystępującego zgłaszającego sprzeciw: Eco-Plan S.A., ul. Przemysłowa 35B, 76-200 Słupsk, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: LOG P.M., ul. Modrzewiowa 26, 87-400 Golub-Dobrzyń, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od przystępującego zgłaszającego sprzeciw: Eco-Plan S.A., ul. Przemysłowa 35B, 76-200 Słupsk, na rzecz odwołującego: LOG P.M., ul. Modrzewiowa 26, 87-400 Golub-Dobrzyń, kwotę 18 600 zł 000 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczonego wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Skarb Państwa - 13 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Czwartaków 3, 86-300 Grudziądz, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Utrzymanie czystości na terenach zewnętrznych w kompleksach wojskowych w m. Grudziądz, Gardeja, Grupa, Brodnica, Chełmno, Grubno”, numer referencyjny: 48/2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15.06.2022 r., nr 2022/S 114-321709.

W dniu 18.11.2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę LOG P.M., ul. Modrzewiowa 26, 87-400 Golub -Dobrzyń (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez błędną ocenę treści oferty i wyjaśnień złożonych przez ECO-PLAN i uznanie, iż spełnia ona wymagania określone w ustawie Pzp i specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) oraz uwzględnia w cenie wszystkie koszty wymagane treścią SWZ, błędnym uznaniem, że oferta ECO-PLAN nie podlega odrzuceniu, zaniechaniem odrzucenia oferty ECO-PLAN pomimo tego, że cena zaoferowana w ofercie na zadania 1-3 jest rażąco niska, a w szczególności rażąco niskie są ceny jednostkowe zaoferowane w pozycjach:
 - a. Zadanie nr 1 usługa utrzymania czystości na terenach zewnętrznych w kompleksach wojskowych w Grudziądzu i Gardei:
 - poz. nr 6 koszenie, grabienie i wywóz z terenu skoszonej trawy 0,03 zł,
 - poz. nr 7 przycinanie żywopłotów 0,30 zł,
 - poz. nr 10 pasy p.poż – 0,06 zł;
 - b. Zadanie nr 2 usługa utrzymania czystości na terenach zewnętrznych w kompleksach wojskowych w Grupie:
 - poz. nr 6 koszenie, grabienie i wywóz z terenu skoszonej trawy 0,03 zł,
 - poz. nr 7 przycinanie żywopłotów 0,25 zł,
 - poz. nr 10 pasy p.poż – 0,05 zł;
 - c. Zadanie nr 3 usługa utrzymania czystości na terenach zewnętrznych w kompleksach wojskowych w Brodnicy:
 - poz. nr 6 koszenie, grabienie i wywóz z terenu skoszonej trawy 0,02 zł,
 - poz. nr 7 przycinanie żywopłotów 0,40 zł,
 - poz. nr 10 pasy p.poż – 0,07 zł;
- i w konsekwencji wybór oferty ECO-PLAN na zadania nr 1-3,

- 2) art. 224 ust. 5 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że ECO-PLAN wykazał i udowodnił, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności w odniesieniu do cen jednostkowych za części składowe opisane w zarzucie nr 1,
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ECO-PLAN pomimo tego, że nie spełnia ona wymagań określonych w specyfikacji warunków zamówienia w związku z tym, że nie uwzględnia w cenie wszystkich kosztów wymaganych treścią SWZ oraz jest zbyt niska, aby zapewnić zamawiającemu poziom i jakość wykonania usługi, która jest przez niego oczekiwana,
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ECO-PLAN pomimo tego, że zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, tj. w pozycjach koszenie, przycinanie żywopłotów, pasy p.poż nie został uwzględniony pełny zakres usługi lub wszystkie składniki generujące koszty po stronie wykonawcy,
- 5) art. 239 ustawy Pzp poprzez wybranie oferty ECO-PLAN jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy powinna ona podlegać odrzuceniu,
- 6) art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 16 pkt. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk”), poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień ECO-PLAN, pomimo, że zastrzeżone informacje i dokumenty nie spełniają przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, co stanowi naruszenie zasady jawności oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„(...) Zamawiający wezwał ECO-PLAN do złożenia wyjaśnień w związku z zastosowaniem procedury badania rażąco niskiej ceny (art. 224 ust. 2 ustawy PZP). ECO-PLAN odpowiedział w pismach z dnia 1 września 2022 r. i 3 listopada 2022 r. jednocześnie zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa dla wyjaśnień i kalkulacji przedłożonych Zamawiającemu. W dniu 8 listopada 2022 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. W zadaniach 1-3 wybrano ofertę ECO-PLAN S.A. z siedzibą w Słupsku. Odwołujący ponownie zwrócił się do Zamawiającego o odtajnienie wyjaśnień i kalkulacji dot. rażąco niskiej ceny pismem z dnia 15 listopada 2022 r. Zamawiający odmówił Odwołującemu odtajnienia tych dokumentów i do dnia wniesienia odwołania nie udostępnił ich do wglądu.

2. Uzasadnienie zarzutów nr 1-5

Zaoferowana przez ECO-PLAN cena, jak również niektóre jej części składowe są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. ECO-PLAN zaoferował wykonanie zamówienia za 49,10% wartości zamówienia - zadanie nr 1, 53,87% - zadanie nr 2, 67,07% - zadanie nr 3. Już sam fakt tak niskiej wyceny w odniesieniu do wartości zamówienia powinien budzić uzasadnione wątpliwości, co do możliwości zrealizowania zamówienia zgodnie z SWZ. W szczególności jednak zastrzeżenia Odwołującego budzą ceny

jednostkowe za:

Zadanie nr 1 usługa utrzymania czystości na terenach zewnętrznych w kompleksach wojskowych w Grudziądzu i Gardei:

- poz. nr 6 koszenie, grabienie i wywóz z terenu skoszonej trawy 0,03 zł,
- poz. nr 7 przycinanie żywopłotów 0,30 zł,
- poz. nr 10 pasy p.poż – 0,06 zł;

Zadanie nr 2 usługa utrzymania czystości na terenach zewnętrznych w kompleksach wojskowych w Grupie:

- poz. nr 6 koszenie, grabienie i wywóz z terenu skoszonej trawy 0,03 zł,
- poz. nr 7 przycinanie żywopłotów 0,25 zł,
- poz. nr 10 pasy p.poż – 0,05 zł;

Zadanie nr 3 usługa utrzymania czystości na terenach zewnętrznych w kompleksach wojskowych w Brodnicy:

- poz. nr 6 koszenie, grabienie i wywóz z terenu skoszonej trawy 0,02 zł,
- poz. nr 7 przycinanie żywopłotów 0,40 zł,
- poz. nr 10 pasy p.poż – 0,07 zł;

Koszty każdej z usług formularza ofertowego, składające się na przedmiot zamówienia, należało wycenić odrębnie – poprzez zadeklarowanie w formularzu ceny jednostkowej, dla każdej z tych usług. W tym stanie rzeczy, w ramach przedmiotu zamówienia, w zależności od zadania ujęto 10-12 odrębnie wycenianych usług, będących podstawą do rozliczeń w toku realizacji umowy, zawieranej na okres 2 lat. Rozliczenie umowne w niniejszym postępowaniu następuje za faktycznie wykonane prace, w oparciu o zaoficerowane ceny jednostkowe usług. Prawidłowa realizacja postanowień umowy, w zgodzie z obowiązującymi przepisami, intencjami stron i postanowieniami SWZ jest zatem możliwa, jedynie wtedy gdy wszystkie ceny jednostkowe są realne, wiarygodne i poprawnie obliczone, co ma miejsce wyłącznie kiedy każda z poszczególnych usług jest rentowna, tj. zawiera zysk oraz wszystkie koszty. Przy zastosowanym sposobie rozliczenia ceny jednostkowe nie są jedynie składnikiem ceny łącznej (wynagrodzenia wykonawcy), lecz pełnią funkcję samodzielnych cen, w oparciu o które – w każdym miesiącu realizacji usługi – naliczane będzie wynagrodzenie wykonawcy. Wobec powyższego i na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy PZP ceny jednostkowe, jako ceny do zapłaty powinny być oceniane w kontekście rażąco niskiej ceny (...) Mając na uwadze powyższe, ceny jednostkowe za koszenie, przycinanie żywopłotów, utrzymanie pasów p.poż. formularza ofertowego należało wyliczyć według kosztów wynikających z SWZ i obowiązujących przepisów, z założeniem zyskowości, natomiast brak jakiegokolwiek z ww. składników stanowi o obowiązku odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 ustawy PZP w związku z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy PZP.

W ocenie Odwołującego w ofercie ECO-PLAN ceny jednostkowe ww. usług są nierynkowe, nie pozwalają na prawidłową realizację poszczególnych robót i są tym samym obarczone wadami skutkującymi koniecznością odrzucenia oferty. Stawki te nie uwzględniają lub uwzględniają w zbyt niskim stopniu:

- wszystkich składników kosztotwórczych poszczególnych usług,
- jakości wymaganej od wykonawcy przez Zamawiającego i użytkowników obiektów,
- warunków środowiskowych (przeszkód, skarp, wyżek w przypadku żywoplotów i koszenia trawy),
- konieczności wykonywania znacznego zakresu prac wyłącznie ręcznie, bez użycia maszyn, np. kosiarek mechanicznych,
- rosnących kosztów paliwa i utylizacji odpadów,
- kosztów przejazdów i transportu ludzi i sprzętu (każda z jednostek wojskowych zawiera kilka kompleksów budynków),
- kosztów administracyjnych wydawania przepustek, pozwoleń, szkoleń, badań lekarskich, np. do wykonywania prac na wysokości,
- kosztów reagowania na sytuacje zagrożenia – w ciągu 1 godziny, zgodnie z zapisami SWZ,
- reżimu czasowego w którym można realizować usługi,
- stanu obiektów na terenie jednostek wojskowych, np. zanieczyszczeń na pasach przeciwpożarowych, zalegającego gruzu, studzienek ukrytych pod gruntem, powodujących zwiększenie nakładu prac oraz awarie sprzętu,
- kosztów naprawy sprzętu,
- kosztów pracy w godzinach nocnych.

Ponadto kalkulacja ECO-PLAN przewiduje już na etapie składania ofert określone korzyści związane z dofinansowaniem z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych, podczas gdy jest to zależne od faktycznego zatrudnienia przez niego osób niepełnosprawnych, co jest zdarzeniem przyszłym niepewnym i zależnym od wielu czynników, na które wykonawca nie ma wpływu, jak np. sytuacja na rynku pracy. W takim przypadku konieczne jest również uwzględnienie ograniczeń takich pracowników w wykonywaniu pewnych prac samodzielnie, mniejszej wydajności, możliwości pracy maksymalnie 7 godzin dziennie oraz dłuższego okresu urlopowego. (...)

Stawki ECO-PLAN: 0,02 zł/m² (Zadanie nr 3 Brodnica) i 0,03 zł/m²– (Zadania nr 1-2 Grudziądz, Grupa), są rażąco zaniżone i nie dają możliwości wykonania zamówienia w sposób określony w SWZ i wymagany przez Zamawiającego. Posługując się tak niską stawką nie ma możliwości skoszenia, zebrania, zgrabienia i zwiezenia trawy, a następnie jej utylizacji oraz dodatkowo wypracowania zysku. Oznacza to, że wykonawca ECO-PLAN nie zamierza wykonywać zadania zgodnie z opisem zamówienia, co może prowadzić np. do zagrożenia pożarowego – w przypadku niezbiegania trawy, nieestetycznego wyglądu

trawników lub pogorszenia ich witalności. Co istotne na jednostkach wojskowych objętych przedmiotem zamówienia znajdują się kluczowe dla działalności Zamawiającego instalacje, składy chemiczne, składy broni, których bezpieczeństwo pożarowe jest najwyższym priorytetem. Niejednokrotnie obiekty te znajdują się na wzniesieniu, za ogrodzeniem lub w trudno dostępnych miejscach, gdzie wjazd kosiarką mechaniczną jest niemożliwy. Wówczas prace koszenia i wygrabiania traw należy wykonywać ręcznie, co jest znacznie bardziej kosztowne i czego ECO-PLAN nie uwzględnia lub nie uwzględnia w odpowiednim stopniu w swoich kalkulacjach. Kolejną istotną kwestią jest dostępność tych obiektów – zdarza się, że jest on utrudniony i nie ma możliwości płynnej organizacji prac, w związku z oczekiwaniem na uzyskanie dostępu np. kluczy lub przepustki od osoby odpowiedzialnej po stronie Zamawiającego. Kolejnym niedoszacowanym przez ECO-PLAN składnikiem kosztowym jest charakterystyka obiektów, występowanie przeszkód, skarp, zagłębień, nierówności. Do obowiązków wykonawcy świadczącego usługi np. w Grupie należy wykaszanie terenów szkoleniowych, poligonów itp. Grunt na tych terenach jest nierówny i uszkodzony z uwagi na ruch ciężkiego sprzętu. Również tam praca kosiarek mechanicznych jest niemożliwa i roboty należy wykonywać ręcznie. W ocenie Odwołującego, jedynym sposobem na osiągnięcie rentowności robót koszeniowych przy zastosowanych przez ECO-PLAN cenach jednostkowych jest strukturalne i wstępne założenie, że prace będą realizowane niezgodnie z zapisami SWZ tj. bez zgrabiania trawy, z pominięciem terenów, do których jest utrudniony dostęp oraz w terminach dłuższych od tych określonych we wzorze umowy - a jest to działanie niedopuszczalne w świetle zapisów SWZ oraz nadzoru i kontroli wykonywanej przez Zamawiającego. Częstotliwość usługi koszenia trawy jako jedna z niewielu w przedmiotowym zamówieniu podlega zmniejszaniu w związku z brakiem wzrostu trawy, wystąpienia suszy lub decyzji Zamawiającego. W takiej sytuacji Zamawiający rezygnuje np. z jednego koszenia, a wykonawca w związku z tym ponosi wymierną stratę na poziomie przychodu. W ocenie Odwołującego ECO-PLAN znając doskonale specyfikę tego mechanizmu dokonał przeniesienia kosztów świadczenia usługi koszenia do innych pozycji np. utrzymania czystości terenów utwardzonych, które co do zasady nie podlegają zmniejszeniom. Takie działanie jest niedopuszczalne w świetle obowiązku uwzględnienia w kalkulacji wszystkich realnych kosztów oraz zysku w każdej pozycji kosztorysu i powinno skutkować odrzuceniem oferty.

Zamawiający w SWZ zawarł zapis dot. wymaganego od wykonawców sprzętu do realizacji zadania. Urządzenia tam opisane mają wykonywać usługę koszenia trawy. Wymóg ten, jak wynika z doświadczenia Odwołującego, jest zbieżny z rzeczywistą wydajnością pracowników operujących kosami spalinowymi oraz kosiarkami mechanicznymi na obiektach Zamawiającego. Zapis ten określa zatem w przybliżeniu jaka liczba osób jest niezbędna do akcji koszenia trawy, tak by skutecznie wypełnić wymogi SWZ i umowy:

1) Zadanie Nr 1: 2-kosiarki rotacyjne, 4 kosiarki samojezdne, 10 kos spalinowych – 16 pracowników. Powierzchnia koszenia 473.253 m². Zapis zakłada zatem wydajność kosiarek mechanicznych na poziomie 1,11 ha dziennie, co jest zbieżne z rzeczywistą wydajnością sprzętu komunalnego działającego na obiektach tego typu. Również liczba pracowników wykonujących prace ręczne (operatorów kos spalinowych) jest odpowiednia dla koszenia trawy na 47 ha w kilkunastu lokalizacjach na terenie Grudziądza i okolic. Zakładając średnio 7 dni roboczych (10 dni kalendarzowych) na wykonanie jednokrotnego koszenia otrzymujemy

896 rbg (16 pracowników x 7 dni x 8 godzin),

2) Zadanie Nr 2: 1-kosiarka rotacyjna, 2 kosiarki samojezdne, 5 kos spalinowych – 8 pracowników – 448 rbg,

3) Zadanie Nr 3: 1-kosiarka rotacyjna, 1 kosiarka samojezdna, 5 kos spalinowych – 7 pracowników - 392 rbg.

Już same szacunkowe koszty wynagrodzeń pracowników w zadaniach nr 1 i 3, przekraczają wynagrodzenie, które ma otrzymać ECO-PLAN za jedno koszenie (przy założeniu zastosowaniu minimalnego wynagrodzenia za pracę). W zadaniu nr 2 różnica między kosztem pracowników, a wynagrodzeniem ECO-PLAN wynosi zaledwie 2.334,43 zł. Co istotne, poza kosztami pracowniczymi wykonawca świadczący usługę koszenia trawy musi ponieść wiele innych kosztów takich jak:

1. koszty zakupu, napraw i konserwacji sprzętu,
2. koszty paliwa,
3. koszty obsługi administracyjnej pracowników,
4. koszty nadzoru,
5. koszty wywozu i utylizacji odpadów,
6. koszty eksploatacyjne, żyłki, noże itp.
7. koszty obsługi kontraktu, gwarancji należytego wykonania, księgowości itp.

Co niezwykle ważne, koszty z punktów 1, 2, 5, 6 są bardzo istotne dla kalkulacji kosztów, to znaczy ich łączny koszt może nawet przewyższać koszt opisanych powyżej wynagrodzeń pracowników (np. szacowana przez Odwołującego ilość paliwa zużywanego do skoszenia jednostki w Grudziądzu 47 ha to 1000 l – około 6,500 zł). Dodatkowo wyceniając usługę wykonawca musi zadbać również o to, aby świadczenie usługi przyniosło mu zysk.

Powyższe oznacza, że zakładając obiektywną wydajność sprzętu i pracowników świadczących usługę, wynagrodzenie które otrzyma ECO-PLAN jest niewystarczające do pokrycia kosztów skoszenia terenów objętych przedmiotowym zamówieniem. Dysproporcja w tym zakresie jest ogromna, gdyż faktyczny koszt zrealizowania usługi co najmniej dwukrotnie przewyższa wynagrodzenie ECO-PLAN (nawet przy założeniu wypłaty pracownikom minimalnego wynagrodzenia). Błąd zawarty w ofercie ECO-PLAN jest

najbardziej widoczny przy analizie zadania nr 3 – Brodnica, gdzie cena jednostkowa za koszenie została określona na zaledwie 0,02 zł. W ocenie Odwołującego, nawet unikalne cechy wykonawcy, wyjątkowe umiejętności i perfekcyjny biznesplan nie pozwalają na świadczenie usługi koszenia na terenie przedmiotowych jednostek wojskowych za ceny jednostkowe zaoferowane przez ECO-PLAN.

(...) Zadanie to obejmuje zatem kompleksowe działania zmierzające do zapewnienia skutecznej ochrony przed pożarami. W tej kwestii konieczne jest nie tylko jednorazowe przeoranie pasów, ale również ciągłe utrzymanie, kontrolowanie, usuwanie gałęzi, chwastów, wyrównywanie pasów itp. Zachowanie prawidłowych pasów p.poż. jest szczególnie ważne w obrębie składów chemicznych na terenie położonej na terenach leśnych jednostki w Grupie (zadanie nr 2). Użytkownicy tego obiektu przykładają do pasów p.poż. szczególną uwagę. Wykonanie tego zadania jest niemożliwe za zaoferowane przez ECO-PLAN stawki 0,06 zł (zadanie nr 1), 0,05 zł (zadanie 2), 0,07 (zadanie nr 3). Oznacza to, że ECO-PLAN zamierza dokonywać oszczędności na tych pracach i nie wykonywać ich prawidłowo, rzetelnie i zgodnie z SWZ. W ocenie Odwołującego takie działanie nie zasługuje na akceptację Zamawiającego, gdyż może doprowadzić do naruszenia regulaminów przeciwpożarowych i wypadku. Ww. stawki nie zawierają w sobie elementu zysku, co stanowi naruszenie przepisów ustawy, a także czyn nieuczciwej konkurencji i powinno skutkować odrzuceniem oferty ECO-PLAN. ECO-PLAN za miesiąc kompleksowego utrzymania 17.044 m² pasów przeciwpożarowych w miejscowości Grupa (zadanie 2) zaoferował 852,20 zł netto. Kwota ta nie jest wystarczająca nawet na pokrycie kosztów jednokrotnego przeorania tych pasów, nie mowa o zrealizowaniu pełnej usługi obejmującej również demineralizację, wyrównanie oraz zagrabianie terenu. Z doświadczenia Odwołującego świadczącego prace na jednostce wojskowej w Grupie od 5 lat wynika, że do zaorania pasów przeciwpożarowych niezbędne jest użycie sprzętu:

- ciągnika rolniczego z glebogryzarką lub innym urządzeniem, wraz z operatorem, do zaorania szerokich pasów p.poż.,

- ręcznej glebogryzarki z operatorem, do zaorania mniejszych pasów p.poż np. tych wokół budynków

oraz pracy fizycznej dwóch dodatkowych pracowników wykonujących ręcznie roboty polegające na przekopywaniu gruntu np. w bliskości przeszkód terenowych, rynien, płotów, bram, studzienek itp. Prace dot. przeorywania pasów p.poż trwają zwykle 2-3 dni robocze. Oznacza to, że do zaorania pasów p.poż niezbędne jest co najmniej: 64 rbg pracowników, 16 mtg pracy ciągnika, 16 mtg pracy ręcznej glebogryzarki. Do tych kosztów należy dodać koszt paliwa oraz wytworzonych w ramach usługi odpadów.

(...) Z powyższej kalkulacji wynika, że szacunkowy koszt jednokrotnego zaorania pasów p.poż na terenie jednostki w Grupie to 2670,80 zł, czyli min. 0,15 zł/m². Poza

zaoraniem pasów, wykonawca jest zobowiązany do utrzymywania ich w należytym stanie przez cały miesiąc, tj. ma prowadzić demineralizację, usuwać chwasty, gałęzie odpady, zagrabiać, wyrównywać itp. Te czynności również generują stałe koszty, które wykonawca musi uwzględnić w swojej kalkulacji. W ocenie Odwołującego koszt utrzymania pasów p.poż w przedmiotowym zamówieniu zgodnie z SWZ i oczekiwaniami Zamawiającego to co najmniej 0,18 zł/m². Tymczasem Zamawiający wybrał ofertę ECO-PLAN, która zakłada wykonanie tej usługi za 0,05-0,07 zł/m². W ocenie Odwołującego takie działanie stanowi naruszenie przepisów ustawy, gdyż oferta ECO-PLAN również w pozycji pasy p.poż zawiera rażąco niską cenę. ECO-PLAN podobnie jak w przypadku usługi koszenia trawy oferuje utrzymanie pasów p.poż poniżej kosztu ich realizacji.

Oferta ECO-PLAN zawiera również rażąco niską cenę w poz. nazwanej przycinanie żywopłotów, w każdym z trzech zadań objętych niniejszym odwołaniem. Do zakresu usługi przycinania żywopłotów należy:

- przycinanie, formowanie żywopłotów
- uprzątnięcie i wywóz gałęzi po przycince

Do prawidłowego wykonania tej usługi potrzebny jest sprzęt mechaniczny – żywopłociarka, środek transportu – samochód dostawczy lub ciągnik z przyczepą, narzędzia proste typu grabie, nożyce, drabina oraz co najmniej dwóch pracowników w tym jeden wykwalifikowany i przeszkolony w zakresie pracy na wysokości do obsługi żywopłociarki i formowania kształtu żywopłotu. Materiał powstały z cięcia żywopłotów ma być sprzątnięty i utylizowany przez wykonawcę. Zamawiający wskazuje w SWZ, że do rozliczenia usługi przyjmuje się metr bieżący żywopłotu, a więc jego rzeczywista powierzchnia cięcia to suma 3 płaszczyzn podlegających cięciu. Żywopłoty na terenie kompleksów – zadań objętych niniejszym odwołaniem znajdują się w różnych miejscach, pod różnymi adresami i lokalizacjami co dodatkowo zwiększa koszt usługi. Rośliny pełniące funkcję żywopłotu u Zamawiającego są różnego rodzaju, wieku, rozmiaru i wysokości. Jest to kolejny czynnik wpływający na koszt usługi. Z doświadczenia Odwołującego wynika, że użytkownicy obiektów i Zamawiający często oczekują w ramach tej usługi również wyrównywania i korygowania wysokości żywopłotów lub ich odmładzania co jest pracochłonne i generuje dodatkowe koszty. (...)

Podobnie jak poprzednio zaoferowane przez ECO-PLAN stawki na przycinanie żywopłotów są nierealne, nierynkowe i nie uwzględniają wszystkich kosztów świadczenia tej usługi. ECO-PLAN zaoferował w zadaniu nr 2 za formowanie niemal 2 kilometrów żywopłotów przez okres 2 lat rażąco niską kwotę 3868 zł. Oznacza to, że jedno cięcie/formowanie żywopłotów kosztuje zaledwie 483,50 zł netto. Zakładając, że prace te będą wykonywać pracownicy zatrudnieni na umowie o pracę za wynagrodzenie w wysokości najniższej krajowej, wykonawca ECO-PLAN uzyska bazę maksymalnie 24,5 rbg (483,50 zł /19,70) na jednokrotne wykonanie usługi i to w sytuacji, gdy pominiemy w kalkulacji inne

niezbędne koszty typu paliwo, czy utylizacja odpadów. Gdyby pracę tę świadczyło dwóch pracowników, jeden do cięcia, a drugi do uprzątania gałęzi, musieliby wykonać to zadanie w 1,5 dnia (24 rbg). Przycięcie i uformowanie 1934 mb żywopłotów w tak krótkim czasie jest absolutnie niemożliwe. Niemożliwe jest również wykonanie tej usługi bez pracy sprzętu, który zużywa paliwo, ulega awariom i podlega amortyzacji. Koniecznym elementem wyceny usługi musi być również zysk. (...)

W niniejszym postępowaniu mamy do czynienia ze zbiegiem dwóch przesłanek świadczących o rażąco niskiej cenie i skutkujących koniecznością odrzucenia oferty ECO-PLAN:

1. rażąco niska cena za zadania 1-3, odpowiednio: 49,10%, 53,87%, 67,07% wartości zamówienia, a więc poziom cen niepozwalający na prawidłową realizację zamówienia,
2. rażąco niska cena trzech istotnych części składowych tj. poz. koszenie, grabienie i wywóz z terenu skoszonej trawy, poz. przycinanie żywopłotów, poz. pasy p.poż., których kalkulacje są wykonane wadliwie, nie uwzględniają wszystkich kosztów realizacji prac, zakładają pominięcie części opisanego w SWZ zakresu zamówienia i nie przewidują zysku.

3. Uzasadnienie zarzutu nr 6

Pismem z dnia 22.08.2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę ECO-PLAN S.A. do uzupełnienia i wyjaśnienia oferty w zakresie zadań 1,2,3,4 w związku z procedurą badania rażąco niskiej ceny.

W odpowiedzi na wezwanie ECO-PLAN pismem z dnia 01.09.2022 r. udzielił wyjaśnień, jednocześnie zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie załączników 5-8:

- 1) Wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny dla Zadania nr 1,2,3 - Załącznik nr 5 do wyjaśnienia,
- 2) Kalkulacji dot. wyliczenia ceny oferty dla Zadania nr 1 - Załącznik nr 6 do wyjaśnienia,
- 3) Kalkulacji dot. wyliczenia ceny oferty dla Zadania nr 2 - Załącznik nr 7 do wyjaśnienia,
- 4) Kalkulacji dot. wyliczenia ceny oferty dla Zadania nr 3 - Załącznik nr 8 do wyjaśnienia.

Zamawiający pismem z dnia 27.10.2022 r. wezwał ECO-PLAN S.A. do dodatkowych wyjaśnień. W dniu 03.11.2022 r. ECO-PLAN S.A. odpowiadając na to wezwanie przedłożył dokumenty:

- 1) Wyjaśnienia w zakresie złożonego wyjaśnienia ceny w zadaniach nr 1, 2 i 3, Załącznik Nr 1 do wyjaśnienia w zakresie złożonego wyjaśnienia ceny w zadaniach nr 1, 2 i 3;
- 2) Lista dokumentów środków trwałych, grupa [MASZYNY, URZĄDZENIA], za okres od 01.01.2013 r. do 02.11.2022r. - Załącznik Nr 2 do wyjaśnienia w zakresie złożonego wyjaśnienia ceny w zadaniach nr 1, 2 i 3;
- 3) Lista dokumentów środków trwałych, grupa [ŚRODKI TRANSPORTU], za okres od 01.01.2013 r. do 02.11.2022r. - Załącznik Nr 3 do wyjaśnienia w zakresie złożonego wyjaśnienia ceny w zadaniach nr 1, 2 i 3,

jednocześnie ponownie zastrzegając ich tajemnicę.

Pomimo wezwania do odtajnienia ww. dokumentów Zamawiający nie odtajnił ich i nie udostępnił Odwołującemu do wglądu. (...)

Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dla całości kalkulacji wyjaśnień rażąco niskiej ceny narusza również zasadę równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący kwestionujący wyceny ECOPLAN, w szczególności obliczeń dla pozycji 6, 7, 10 w zadaniu nr 1, 6 i 11 w zadaniu nr 2, 6 i 12 w zadaniu nr 3 oraz tych, które zawierają rażąco niskie i nierynkowe stawki, jest pozbawiony możliwości weryfikacji tych kalkulacji, a tym samym prawidłowego sformułowania zarzutów odwołania do KIO. W ten sposób dochodzi do dyskryminacji Odwołującego i naruszenia jego konstytucyjnego prawa do zaskarżenia czynności Zamawiającego i konkurenta. Wszyscy wykonawcy powinni mieć zapewniony równy dostęp do istotnych dla postępowania informacji. Tak szerokie zastrzeganie tajemnicy przedsiębiorstwa prowadzi do wypaczenia zasady jawności postępowania i zasady równego traktowania wykonawców. (...)

ECO-PLAN zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w sposób niewystarczający. W swojej argumentacji ograniczył się do ogólnych stwierdzeń i cytowania orzeczeń KIO bez wskazania konkretnych zagrożeń i czynników związanych z udostępnieniem zastrzeżonych informacji pozostałym wykonawcom. Przeważająca część informacji objętych zastrzeżeniem tajemnicy jest już znana podmiotom trzecim, które działają na tym samym rynku. Przedmiotowe postępowanie w głównej mierze obejmuje proste prace fizyczne. Szczegółowe kalkulacje części składowych zamówienia są pozbawione wartości gospodarczej, gdyż są dostosowane do konkretnego wykonawcy, obiektu, zamawiającego, warunków postępowania i sytuacji gospodarczej. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dla przedmiotowych kalkulacji ma na celu wyłącznie zakłócenie uczciwej konkurencji i pozbawienie innych wykonawców możliwości sformułowania zarzutów względem oferty ECO-PLAN. Ma to podniosłe znaczenie, w sytuacji gdy wybrany wykonawca zaoferował wykonanie całości zamówienia za 55% wartości, a istotne części składowe takie jak: koszenie, grabienie i wywóz trawy za 0,02 zł oraz utrzymanie pasów przeciwpożarowych za 0,05 zł. Takie działanie nie zasługuje na ochronę Zamawiającego, w związku z czym zarzut nr 6 odwołania jest w pełni uzasadniony.”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) odtajnienia i udostępnienia odwołującemu treści wyjaśnień wykonawcy ECO-PLAN w zakresie rażąco niskiej ceny,
- 4) odrzucenia oferty ECO-PLAN.

Pismem z dnia 25.11.2022 r. wykonawca Eco-Plan S.A., ul. Przemysłowa 35B, 76-200 Słupsk (dalej: „przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 25.11.2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której poinformował o jego uwzględnieniu w całości.

Pismem z dnia 28.11.2022 r. przystępujący zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania.

W trakcie rozprawy odwołujący i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest utrzymanie czystości na terenach zewnętrznych w kompleksach wojskowych w m. Grudziądz, Gardeja, Grupa, Brodnica, Chełmno, Grubno. Przedmiot zamówienia został podzielony na 4 części. Niniejsze postępowanie odwoławcze dotyczy części nr 1, 2 i 3.

W rozdziale 3 specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) zamawiający wskazał, że wykonawca jest zobowiązany w okresie realizacji umowy do dysponowania co najmniej następującą ilością sprawnego sprzętu:

- 1) Zadanie Nr 1: 2-kosiarki rotacyjne, 4 kosiarki samojezdne, 10 kos spalinowych, 3 pojazdy do odśnieżania z pługiem, 8 odkurzaczy do liści,
- 2) Zadanie Nr 2: 1-kosiarka rotacyjna, 2 kosiarki samojezdne, 5 kos spalinowych, 2 pojazdy do odśnieżania z pługiem, 3 odkurzacze do liści,
- 3) Zadanie Nr 3: 1-kosiarka rotacyjna, 1 kosiarka samojezdna, 5 kos spalinowych, 1 pojazd do odśnieżania z pługiem, 2 odkurzacze do liści.

W gestii Wykonawcy pozostawiony jest dobór sprzętu, narzędzi, wybór rodzaju i wielkości pojazdów do odśnieżania, umożliwiającą właściwą realizację przedmiotu umowy.

W pkt 5 ww. rozdziału SWZ zamawiający wskazał, że wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób przeznaczonych do realizacji usługi utrzymywania czystości na terenach zewnętrznych w zakresie obejmującym przedmiotowe postępowanie co najmniej na czas realizacji umowy zawartej pomiędzy wykonawcą z zamawiającym.

W rozdziale 11 pkt 3 SWZ zamawiający wskazał, że cena podana w ofercie musi obejmować w kalkulacji wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia oraz warunkami stawianymi przez zamawiającego w treści projektowanych warunków umowy.

Zgodnie z § 5 ust. 6 projektu umowy, wykonawca otrzyma wynagrodzenie za faktycznie wykonane usługi na podstawie zaoferowanych cen jednostkowych.

Pismem z dnia 22.08.2022 r. zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień m.in. w zakresie ceny jego ofert w zadaniu 1, 2 i 3. Zamawiający wskazał m.in., że wyjaśnienia i dowody mogą uwzględniać: kalkulację szczegółową ceny (w tym zysk); koszty eksploatacji i amortyzacji sprzętu; systemu i koszty zatrudnienia pracowników do realizacji zamówienia; analizy prognozowanej ilości osób/ na m² oczyszczanej powierzchni; warunków i korzystnych cen zakupu produktów niezbędnych do wykonywania usługi; lokalizacja; zwolnienia — ulgi podatkowe; status Wykonawcy np. zakład pracy chronionej; — inne czynniki cenotwórcze. Ponadto zamawiający wskazał, że kalkulacja winna być przedstawiona tabelarycznie lub opisowo ze wskazaniem wielkości % lub w „PLN” elementów wskazanych powyżej wraz z dowodami dotyczącymi elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a ogólny opis pozycji wykonawcy na rynku, czy referencje firmy może zostać uznany za niewystarczający, jeżeli nie będzie definiować elementów faktycznych oferowanej ceny.

W odpowiedzi przystępujący złożył wyjaśnienia wraz z kalkulacjami dla każdego zadania, a ich treść zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 27.10.2022 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w przedmiocie ceny jego ofert. Zamawiający wskazał:

„Informuję, że w treści złożonych wyjaśnień wskazujecie Państwo, iż „nie ponosicie kosztów zakupu sprzętu do sprzątnięcia terenów zewnętrznych w ilości zapewniającej rzetelną i sprawną realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ, podczas gdy koszty te mają istotny wpływ na cenę oferty. Dysponujemy bowiem zamortyzowanym sprzętem w miejscu realizacji niniejszego zamówienia w oparciu o który świadczone są dotychczasowe usługi”. Jednocześnie w Załącznikach nr 6, 7 i 8 do wyjaśnień stanowiących Kalkulację dotyczącą wyliczenia ceny oferty na zadanie nr 1, 2 i 3 wykazaliście Państwo w pkt 7 - koszt zakupu sprzętu i w pkt 10 - koszt amortyzacji sprzętu zakupionego. Wskazać również należy, że zakup sprzętu nie jest kosztem tylko wydatkiem, a w ciężar kosztu trafi dopiero w momencie naliczenia amortyzacji (jednorazowej lub okresowej), która została już ujęta w pozycji nr 10 Kalkulacji (...). Powyższe wskazuje na rozbieżności i brak precyzyjnego wykazania składowych zaoferowanej ceny na zadanie nr 1, 2 i 3.

Z treści Państwa wyjaśnień nie wynikają również koszty logistyczne związane z np. dowozem pracowników (koszty dowozu, zabezpieczenia warunków bytowo-socjalnych — o ile występują), z treści Państwa informacji nie wynika, czy pracownicy będą tzw. „stacjonarni” z lokalizacji, gdzie znajdują się tereny podlegające realizacji usługi, czy też

będą to pracownicy „dowożeni” i jakie są tego koszty.

Postępujcie się Państwo również elementem składowym związanym z „nadzorem” - określenie bliżej nieidentyfikowalne, niedookreślone, ale mające jednak przełożenie na kalkulowaną cenę.

Przedstawiona tabela w danym zadaniu nie zawiera pełnej jej interpretacji, która w prosty sposób pozwoliłaby na uznanie, iż przedstawione dane są wyczerpujące i jednoznaczne. Stąd zasadnym jest wyjaśnienie przez Państwa przedstawionej kalkulacji.

Dokonując również porównania cen z aktualnie obowiązującej umowy z Państwem wobec cen zaoferowanych na rzecz prowadzonego postępowania powstają wątpliwości, czy uwzględniliście Państwo „trendy wzrostowe cen rynkowych”, wzrosty kosztów różnego rodzaju, koszty logistyki, koszty wynagrodzenia, koszty materiałów m.in. w zw. z sytuacją geopolityczną i gospodarczą mającą charakter zdecydowanego wzrostu itp. skoro oferowane ceny utrzymane zostały przez Państwa na podobnym poziomie cen (kontrakt na okres do 2024 r.). Wyliczenia zawarte w treści złożonych przez Państwa wyjaśnień wskazują, że zamówienie może być niewykonalne lub obciążone ryzykiem niepełnego świadczenia wszystkich czynności składających się na usługę sprzątnięcia terenów zewnętrznych.

Istotnym jest wykazanie środków trwałych, które wykorzystacie Państwo do realizacji zamówienia wraz z wartością początkową, datą przyjęcia do użytkowania oraz stawką amortyzacyjną dla każdej pozycji wykazu.

Wykonawca nie zobrazował w sposób wystarczający i wyczerpujący formy realizowanej usługi tak by rezultat został osiągnięty. Powyższe wymaga dodatkowego wyjaśnienia gdyż dotychczas przedłożone pismo jest nieprecyzyjne co do przyjętych przez Państwa założeń co do realizacji usługi.

Zasadnym jest sformułowanie wyjaśnień i zobrazowania założeń realizowanej usługi tak aby była skutecznie zrealizowana w każdym wymaganym przez Zamawiającego aspekcie, co winno mieć przełożenie również na cenę. Istotą jest wskazanie, czy przedstawiona kalkulacja obejmuje faktycznie wszystkie koszty i jak Wykonawca na ustalonym przez siebie poziomie cenowym zamierza zrealizować usługę w sposób należyty.”

W odpowiedzi z dnia 03.11.2022 r. przystępujący złożył wyjaśnienia wraz z dwoma wykazami, a ich treść zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 27.10.2022 r. zamawiający zwrócił się do przystępującego o wyjaśnienie w zakresie zastrzeżenia wyjaśnień elementów cenowych w zadaniu nr 1, 2 i 3 jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie:

Wobec powyższego zwracam się o złożenie wyjaśnień w przedmiocie sprawy. Jednocześnie w treści wyjaśnień proszę uwzględnić również m.in. kwestie odnoszące się do następującej materii:

- „1/. z jakich powodów dotacja z PFRON ma być w Państwa ocenie chroniona skoro ta informacja jest informacją publiczną;
- 2/. dlaczego koszty paliwa mają być utajnione skoro znane są koszty paliwa i chociażby liczby kilometrów;
- 3/. dlaczego dane w zakresie amortyzacji mają być chronione skoro powszechnie znane są reguły i zasady dotyczące „amortyzacji” a dane te nie mają charakteru poufnego;
- 4/. dlaczego mają być objęte tajemnicą koszty pracy 6-pracowników skoro są wynagradzania według stawki minimalnej — powszechnie znanej;
- 5/. koszty pracowników również są wyliczalne i wynikają z obowiązujących przepisów, na które się Państwo powołujecie;
- 6/. na czym polegają koszty nadzoru i koszty utrzymania tego nadzoru skoro ta informacja również jest przez Państwa chroniona;
- 7/. działania jakiego rodzaju, w jaki sposób Państwo podejmowaliście działania aby informacje na które się powołujecie nie były dostępne w zakresie prowadzonej działalności firmy, jakie również ma to przełożenie (jak sami Państwo wskazujecie) na pracowników i poczynione w tym zakresie obostrzenia — proszę o skonkretyzowanie działań;
- 8/. jakie zastrzeżone elementy kosztowe stanowią wartość gospodarczą, jakie ta wartość ma dla Państwa przełożenie i wpływ;
- 9/. w jaki sposób ujawnienie zastrzeżonych danych spowoduje zmniejszenie konkurencyjności Państwa Firmy i jaka byłaby to realna skala szkody a nadto w jaki sposób ujawnienie ich utrudniałoby udział w kolejnych postępowaniach
- 10/. skoro (jak sami Państwo określiliście), strategia cenowa jaką Państwo przyjęliście jest opracowana na rzecz tego konkretnego postępowania na rzecz 13 WOG i jest ona wykorzystywana jedynie w tym przetargu, to jak można uznać, że będzie to wykorzystywane dalej w tym przetargu i być może w innych, skoro wyjaśnienia złożone zostały po otwarciu ofert, więc strategia ta nie może zostać już wykorzystana w grze konkurencyjnej;
- 11/. ujawnienie wysokości wynagrodzeń co do zasady zawsze może wiązać się z ryzykiem utraty zatrudnionych pracowników — powszechnie w orzecznictwie uznaje się to ryzyko, iż nie jest obiektywną wartością gospodarczą tylko wartością konkurencyjności;
- 12/. czy Państwa zastrzeżenie poufności jest podtrzymane w zakresie m.in. wyliczalnych i typowych kosztów przynależnych wszystkim Wykonawcom prowadzącym działalność gospodarczą na danym rynku usług, skoro te koszty są wprost policzalne jaką to może stanowić poufność w Państwa ocenie i wartość gospodarczą;
- 13/. przedstawione tabelarycznie kalkulacje ceny — zadanie nr 1,2,3 —nie przedstawiają strategii cenowej firmy i nie można uznać jej za indywidualny program kształtowania kosztów — skąd więc takie zastrzeżenie z Państwa strony poufności danych”;
- 14/. fakt, że nie przedstawiono żadnej polityki ustalania wynagrodzeń oznacza również, że ta

przedstawiona dana kalkulacja nie ma charakteru unikatowego i dostępnego tylko temu Wykonawcy wobec tego jak uzasadnić to, że gdyby inni Wykonawcy zapoznali się z tą informacją to spowodowałoby zachwianie Państwa pozycji na rynku usług.”

W odpowiedzi z dnia 03.11.2022 r. przystępujący wskazał w szczególności:

„Mając na uwadze powyższe zaznaczyć należy, iż zastrzeżone przez nas informacje nie dotyczą informacji, o których mowa w art. 222 ust.5 ustawy tj. informacji z otwarcia ofert, lecz dotyczą naszych biznesplanów odpowiednio dla zadania nr 1, nr 2 i nr 3 tj. kalkulacji ceny oferty dla każdego z tych zadań. Informacje te ukazują strukturę i strategię budowania ceny z uwzględnieniem naszej wiedzy i doświadczenia oraz wskazują na konkretne dane cenotwórcze. Sposób skalkulowania ww. cen ofertowych jest pochodną przyjętych przez nas sposobów minimalizowania ryzyka oraz kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, jak również przyjętych sposobów wyceny ryzyka, którego nie da się zminimalizować, a więc takich "informacji praktycznych", które zostały przez nas wypracowane w toku prowadzenia działalności gospodarczej, w tym w szczególności w trakcie wieloletniej współpracy z Państwem. Informacji tych w żaden sposób nie udostępniamy podmiotom trzecim, w tym zwłaszcza naszej konkurencji. Podkreślić w tym miejscu należy, iż jesteśmy wykonawcą, który od ponad 7 lat realizuje na rzecz Państwa umowy w sprawach zamówień publicznych dot. usług objętych niniejszym przetargiem. Wobec tego poza sporem pozostaje fakt, iż jesteśmy wykonawcą, który :

- posiada wieloletnie doświadczenie w świadczeniu usług na Państwa rzecz,
 - zna specyfikę kompleksów objętych niniejszym przetargiem,
 - zna szczególne wymagania użytkowników,
 - posiada wiedzę w zakresie realnych kosztów, rzeczywistego poziomu cen, wypracowaną w praktyce przy świadczeniu usług na Państwa rzecz,
- co, w niniejszym przetargu stanowi nasze know-how, mające wymierną wartość gospodarczą, jest przez nas chronione i stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zastrzeżone przez nas informacje posiadają wartość gospodarczą, nie są powszechnie znane. Są to informacje w odniesieniu do których podjęliśmy działania w celu utrzymania ich w poufności, jako podmiot uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi (por. art. 11 ust. 2 znk). Utrzymanie tych informacji jako tajemnicy zostało poprzedzone przez nas działaniami zmierzającymi do wyeliminowania możliwości dotarcia do nich przez osoby trzecie w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań. Zgodnie z decyzją Zarządu ECO-PLAN S.A. dostęp do biznesplanów przetargowych tj. założeń i kalkulacji cen przetargowych, wszelkich wyjaśnień tych cen ma ograniczony krąg osób zobowiązanych do zachowania poufności tych informacji.”

Ponadto przystępujący odniósł się do pytań zamawiającego.

Pismem z dnia 08.11.2022 r. zamawiający poinformował, że w zadaniu nr 1, 2 i 3 wybrał jako najkorzystniejsze oferty przystępującego.

Pismem z dnia 18.11.2022 r. zamawiający, w związku z wnioskiem o odtajnienie wyjaśnień przystępującego, zwrócił się do niego „o zajęcie stanowiska w odniesieniu do wszystkich podniesionych kwestii zawartych w treści w.w. wniosku oraz jednoznacznego stanowiska w zakresie możliwości udostępnienia (...) dokumentów w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia elementów cenowych w zakresie zadania nr 1,2 i 3”.

W odpowiedzi z dnia 21.11.2022 r. przystępujący podtrzymał swoje stanowisko o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że w trakcie rozprawy przystępujący oświadczył, że pismem z dnia 24.11.2022 r. (tj. po wniesieniu odwołania) poinformował zamawiającego, że zgadza się na odtajnienie załącznika nr 1 do pisma z dnia 03.11.2022 r. oraz załączników nr 5-8 do pisma z dnia 01.09.2022 r. (kalkulacje cenowe) po ich uprzednim zanonimizowaniu, czyli zakryciu kwot oraz liczby przewidzianych pracowników. Wg oświadczenia odwołującego, zamawiający (nieobecny na rozprawie) nie podjął żadnej czynności w celu udostępnienia mu ww. dokumentów w zakresie, w jakim przystępujący wyraził zgodę na ich odtajnienie. Zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Z kolei zgodnie z art. 513 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje m.in. na niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynność lub zaniechanie zamawiającego. Izba ocenia zatem czynności lub zaniechania zamawiającego, a jednocześnie w myśl art. 555 ustawy Pzp jest związana zarzutami zawartymi w odwołaniu. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że skoro wprowadzie

przystępujący zgodził się po wniesieniu odwołania na odtajnienie części informacji zastrzeżonych uprzednio jako tajemnica przedsiębiorstwa (choć bez, jak się wydaje, najważniejszych dla odwołującego danych), ale zamawiający nie podjął w tym zakresie żadnych nowych czynności, które należałoby uwzględnić w toku postępowania odwoławczego, tj. nie udostępnił odwołującemu w dalszym ciągu żadnych zastrzeżonych uprzednio informacji, rozpoznaniu podlega zarzut w zakresie takim, jak określony w odwołaniu, czyli w zakresie całości złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami.

Zgodnie z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Z powyższych przepisów wynika przede wszystkim, że zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania ww. jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest m.in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy jednak zauważyć, jak już wielokrotnie wskazywała Izba w swoich orzeczeniach, że w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał”, co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg

„udowodnienia”. Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać”, czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk.

Zamawiający ocenia zatem zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w oparciu o uzasadnienie i dowody przedstawione przez wykonawcę, nie zaś w oparciu o własne przekonania o tym, co może albo nie może być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie jest bowiem rolą zamawiającego zastępowanie wykonawcy w wykazywaniu zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. To wykonawca ma tę zasadność wykazać i jeśli temu ciężarowi nie podoła, obowiązkiem zamawiającego jest ujawnić zastrzeżone przez wykonawcę informacje.

Przechodząc do kwestii zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących ceny oferty, należy stwierdzić, że uzasadnienie przystępującego w tym zakresie ogranicza się do przytoczenia orzecznictwa oraz złożenia oświadczeń / deklaracji w pismach z dnia 01.09.2022 r., 03.11.2022 r. (dwa pisma) i 21.11.2022 r.

Przykładowo przystępujący wskazał: *„Zastrzeżone powyżej informacje przedstawiają samodzielną wartość handlową w stopniu uzasadniającym konieczność ochrony przed ich bezprawnym ujawnieniem. Ekonomiczna wartość informacji wynika z faktu, że informacje te zawierają dane, które pozwalają na uzyskanie wiedzy na temat aktywności gospodarczej przedsiębiorcy, co w przypadku ujawnienia tych informacji mogłoby negatywnie wpłynąć na możliwość efektywnego konkurencyjnego działania przedsiębiorcami. Konkurenci ECO-PLAN S.A mogliby bowiem na podstawie tych danych przewidzieć stosowaną przez nas strategię realizacji usług i budowania ceny, a tym samym mogliby oferować ceny niższe, czy wprost stosować tą samą, sprawdzoną strategię. Powyższe prowadzi do wniosku, że w świetle zasad logiki i doświadczenia życiowego, zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą dla ECO PLAN S.A. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w utrwalonym orzecznictwie”*. Przede wszystkim należy stwierdzić, że powyższy fragment przez swoją ogólnikowość mógłby być (poza firmą przystępującego) wstawiony do dowolnego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa sporządzonego przez dowolnego innego wykonawcę w każdym postępowaniu. Nie zawiera on bowiem żadnych konkretnych informacji pozwalających na ustalenie, o jaką aktywność gospodarczą chodzi, w jakim zakresie musi być ona chroniona, w jaki sposób miałoby uciec efektywne konkurencyjne działanie między przedsiębiorcami, skoro „strategia realizacji usług” została co do zasady opisana w SWZ, jakie elementy budowania ceny muszą być chronione, skoro w kalkulacjach cenowych przystępujący podał jedynie kwoty za określone elementy usług, bez szczegółowego wykazania, z czego te kwoty wynikają, dlaczego są w takiej a nie innej wysokości (pewne wyjaśnienia zostały wskazane tylko dla kosztów pracowniczych).

Ww. fragment ten nie pozwala zatem na ustalenie, że zastrzeżone informacje mają jakąkolwiek wartość gospodarczą. Również w pozostałym zakresie przystępujący ograniczał się do deklarowania, że zastrzeżone przez niego informacje mają wartość gospodarczą, jednakże nie została ona w żaden sposób wykazana, w szczególności oświadczenia czy deklaracje nie stanowią „wykazania”, o którym mowa w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp.

Przystępujący nie wykazał także, że zachowuje zastrzeżone informacje w poufności. W tym zakresie przystępujący ponownie ograniczył się do deklaracji, przykładowo: *„Zaznaczyć należy, iż zastrzeżone informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Z uwagi na fakt, że zastrzeżone informacje związane są ze sposobem organizacji przedsiębiorstwa, nie są one, z założenia, częścią domeny publicznej, a dostęp do nich ma ograniczony krąg osób po stronie ECO-PLAN S.A. Dostęp do utajnionych informacji mają jedynie uprawnione osoby tj. ściśle zdefiniowana grupa pracowników Spółki, zobowiązana do zachowania informacji w poufności. W tym miejscu dodać należy, że zgodnie z ugruntowanym poglądem orzecznictwa okoliczność, iż poszczególne zastrzegane informacje są znane pewnemu kręgowi osób nie jest równoznaczna z ich upublicznieniem, jeśli mamy do czynienia z określonym i zamkniętym kręgiem osób. Wskazać nadto należy, że ECO-PLAN S.A. podjął działania w celu zachowania ww. informacji w poufności. Z uwagi na istotne gospodarcze znaczenie przedmiotowych informacji, ECO-PLAN S.A. podjął środki w zakresie niezbędnym dla zapewnienia ochrony informacji przed ich ujawnieniem. Środki te dotyczą sfery wewnątrz przedsiębiorstwa i polegają przede wszystkim na zapewnieniu, że dostęp do informacji, poza Zarządem Spółki, ma ściśle wyznaczony krąg osób, pracowników i stałych współpracowników Spółki. Są to osoby zaufane względem naszej Spółki, od wielu lat pracujące na rzecz ECO-PLAN S.A. Osoby te zostały przy tym zobowiązane do zachowania tych informacji w poufności”*. Przystępujący nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie, że istnieje jakaś szczególna forma organizacji jego przedsiębiorstwa mająca na celu ochronę właśnie takich informacji, jak zastrzeżone w niniejszym postępowaniu, że istnieje jakaś ściśle zdefiniowana grupa pracowników zobowiązana do zachowania takich właśnie informacji w poufności, nie wykazał też, jakie podjął środki dla zapewnienia ochrony informacji przed ich ujawnieniem. Każdy wykonawca może składać różne deklaracje w tym zakresie, w szczególności w celu uniemożliwienia innym wykonawcom korzystania ze środków ochrony prawnej, niemniej jednak pierwszeństwo w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego ma zasada jawności, co oznacza, że „wykazanie”, o którym mowa w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, wymaga, by podejmowane przez wykonawcę działania zostały udowodnione. Przystępujący nie dołączył żadnych dowodów zachowania zastrzeżonych informacji w poufności do żadnego z pism z dnia 01.09.2022 r., 03.11.2022 r. i 21.11.2022 r., w każdym z nich ograniczając się do podobnych, jak wyżej cytowane, deklaracji. Tym samym zachowanie informacji w poufności nie zostało przez przystępującego wykazane.

Już tylko na marginesie należy zauważyć, że nie jest jasne, jaka szczególna, odmienna od stosowanych przez innych wykonawców, metoda realizacji usług sprzątanania została przewidziana przez przystępującego, który w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy stwierdził też m.in., że zastrzeżone informacje mają charakter technologiczny. Izba nie dostrzegła, w którym miejscu wyjaśnień to szczególne pod względem technologicznym rozwiązanie zostało wskazane. Nie jest również zrozumiały fragment: *„Utajnienie powyższych danych jest zasadne, jako że obejmują one indywidualny program kształtowania struktury kosztów stworzony przez ECO PLAN S.A wyłącznie na potrzeby niniejszego przetargu.”*, skoro jednocześnie przystępujący twierdzi, że sposób kalkulowania przez niego ceny oparty jest na 7-letnim doświadczeniu w realizacji usług dla zamawiającego, co oznacza, że cena ta kalkulowana jest w podobny sposób na potrzeby przetargów prowadzonych co najmniej od 7 lat, zatem nie może być obliczona indywidualnie na potrzeby wyłącznie niniejszego przetargu (*„Są to informacje w dziedzinie struktury kosztów w zakresie zatrudnienia, usprzętowania, organizacji prac, wszelkich ryzyk, które zostały wypracowane przez nas w toku wieloletniej współpracy z Państwem.”*). Szereg braków i nieścisłości w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał zresztą sam zamawiający w piśmie z dnia 27.10.2022 r., mimo to zdecydował jednak o zaniechaniu odtajnienia zastrzeżonych informacji.

W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępujący powołał się też na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19.03.2015 r., sygn. akt: X Ga 76/15. Jednakże wyrok ten dotyczył stanu faktycznego zaistniałego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszczętym w dniu 29.08.2014 r. Tymczasem przed 19.10.2014 r. obowiązywały przepisy ustawy Pzp, które nie przewidywały wymogu „wykazania” przez wykonawcę zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wymóg „wykazania” został wprowadzony dopiero ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2014 r. poz. 1232). Zmiany wprowadzone ww. nowelizacją zaczęły obowiązywać, jak wskazano wyżej, od 19.01.2014 r. Tym samym orzecznictwo dotyczące postępowań wszczętych przed tą datą, nie jest adekwatne do obecnie obowiązującego stanu prawnego (niezmienionego w tym zakresie, mimo wejścia w życie nowej ustawy Pzp w 2021r.). Pozostałe orzeczenia cytowane przez przystępującego opierają się co do zasady na aktualnym stanie prawnym, niemniej jednak należy zwrócić uwagę, że zamawiający (oraz Izba) każdorazowo musi ocenić konkretne uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczące konkretnych dokumentów w konkretnym postępowaniu, zatem ocena ta ma charakter indywidualny i orzeczenia zapadłe w innych sprawach nie mogą przesądzać o zasadności lub braku zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez danego wykonawcę w danym postępowaniu.

Powyższe ustalenia prowadzą do wniosku, że przystępujący nie wykazał zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień w sprawie ceny jego oferty wraz z załącznikami. Tym samym nieujawnienie przez zamawiającego tychże wyjaśnień i załączników było niedopuszczalne i stanowiło naruszenie art. 18 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 2 uznk.

Zarzuty dotyczące braku odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z art. 224 ust. 1, 2, 5 i 6 ustawy Pzp:

1. Jeżeli zaferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zakwestionował w odwołaniu ceny ofert przystępującego w zadaniu nr 1, 2 i 3 z uwagi na ich zaniżenie w pozycjach nr 6, 7 i 10 w każdym z ww. zadań, tj. w pozycjach dotyczących koszenia, grabienia i wywozu z terenu skoszonej trawy,

przycinania żywopłotów oraz pasów przeciwpożarowych. W pierwszej kolejności należy zatem zauważyć, że zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, ceny jednostkowe mogą być kwestionowane jako rażąco niskie, o ile są istotnymi częściami składowymi ceny całkowitej. To, czy dana cena jednostkowa jest istotną częścią składową ceny całkowitej, wymaga każdorazowo oceny w danych okolicznościach faktycznych. Ww. pozycje zostały wyodrębnione przez zamawiającego w formularzach ofertowych, gdzie wykonawcy mieli dla nich podać m.in. cenę jednostkową za sprzątanie 1 m² powierzchni w skali miesiąca. Jednocześnie zamawiający wymagał, aby cena podana w ofercie obejmowała w kalkulacji wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia oraz warunkami stawianymi w treści projektowanych warunków umowy, natomiast w § 5 ust. 6 projektu umowy wskazał, że wykonawca ma otrzymywać wynagrodzenie za faktycznie wykonane usługi na podstawie zaoferowanych cen jednostkowych. Tym samym cena za każdą pozycję musi obejmować wszystkie składające się na tę pozycję koszty i zysk, gdyż każda pozycja będzie rozliczana osobno, stanowiąc samodzielne wynagrodzenie wykonawcy, a jej ewentualne niedoszacowanie w ofercie może prowadzić do straty w ramach tego wynagrodzenia. Powyższe prowadzi do wniosku, że w niniejszym postępowaniu przy takim ukształtowaniu formularzy ofertowych i przewidzianej formie rozliczenia, ceny w pozycjach dotyczących koszenia, grabienia i wywozu z terenu skoszonej trawy, przycinania żywopłotów oraz pasów przeciwpożarowych należy uznać za istotne części składowe ceny.

Jednocześnie, w ocenie Izby, argumentacja podniesiona w odwołaniu może wskazywać na zaniżenie przez przystępującego cen w ww. pozycjach. Świadczą o tym wyliczenia zawarte w odwołaniu, w których odwołujący dostosował niezbędną do wykonania każdego zadania ilość pracowników do wskazanej w SWZ ilości sprzętu wymaganego w każdym zadaniu, jak też wskazał dodatkowe koszty konieczne do wykonania zamówienia, które tym bardziej powinny spowodować wzrost cen w kwestionowanych pozycjach. Przystępujący zakwestionował jedynie liczbę niezbędnych do wykonania prac pracowników, ale nie wykazał, dlaczego do wykonania usług w ww. pozycjach wystarczająca jest mniejsza liczba pracowników, ani tego, że inne koszty, np. paliwa, zostały przez niego uwzględnione we właściwej wysokości. Należy przy tym zauważyć, że zgodnie z art. 537 pkt 1 ustawy Pzp, ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Ponadto wymaga zwrócenia uwagi, że ceny przystępującego w ww. trzech pozycjach w zadaniach nr 1, 2 i 3, są niższe od cen w innych ofertach i stanowią:

- od ok. 37% do 75% średniej cen jednostkowych w pozycji nr 6,
- od ok. 25% do ok. 33% średniej cen jednostkowych w pozycji nr 7,
- od ok. 37% do ok. 45% średniej cen jednostkowych w pozycji nr 10.

Powyższe okoliczności powinny budzić wątpliwości zamawiającego co do realności cen zaoferowanych w ww. pozycjach.

Niezależnie od powyższego należy jednak przypomnieć, że zamawiający nie może od razu odrzucić oferty, której cena wydaje mu się rażąco niska. Obowiązkiem zamawiającego jest najpierw wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający dwukrotnie kierował do przystępującego wezwania do złożenia wyjaśnień w dniach 22.08.2022 r. i 27.10.2022 r., ale żadne z tych wezwań, jak słusznie zauważył przystępujący, nie dotyczyło cen jednostkowych, w tym także cen z ww. pozycji kwestionowanych w odwołaniu. Powyższego nie zmienia fakt żądania przez zamawiającego przedstawienia szczegółowej kalkulacji cenowej, gdyż w żadnym zdaniu wezwania zamawiający nie wskazał, że kalkulacja ta ma dotyczyć jakichkolwiek cen jednostkowych. Treść obu wezwań odnosiła się zatem do ceny całkowitej ofert, co w przypadku pierwszego wezwania potwierdza także przywołana podstawa prawna, tj. art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp (drugie wezwanie nie zawierało podstawy prawnej). Z powyższego wynika, że w zakresie, w jakim ceny ofert w poszczególnych zadaniach są kwestionowane w odwołaniu, przystępujący nie składał dotąd wyjaśnień, gdyż nie był o nie wzywany. Brak wezwania stoi zaś na przeszkodzie uznaniu, że ceny w ww. pozycjach nr 6, 7 i 10 są rażąco niskie i odrzuceniu ofert przystępującego w zadaniach nr 1, 2 i 3 na obecnym etapie postępowania.

Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Izba jest więc związana zarzutami podniesionymi przez odwołującego, natomiast nie jest związana postawionymi przez niego żądaniami. W niniejszej sprawie Izba stwierdziła, że zarzuty odwołującego zasadnie wskazują na podejrzenie zaniżenia przez przystępującego cen w pozycjach dotyczących koszenia, grabienia i wywozu z terenu skoszonej trawy, przycinania żywopłotów i pasów przeciwpożarowych, jednakże bez dania przystępującemu szansy złożenia wyjaśnień w tym zakresie, na obecnym etapie postępowania można mówić właśnie jedynie o „podejrzeniu”. Dlatego też niezasadne jest żądanie odwołującego odrzucenia przez zamawiającego od razu ofert przystępującego w zadaniach nr 1, 2 i 3 w sytuacji, gdy przystępujący nie był wzywany do złożenia wyjaśnień co do cen jednostkowych w ww. pozycjach. Z uwagi na powyższe Izba uwzględniła odwołanie w zakresie ww. zarzutu, ale nakazała zamawiającemu m.in. wezwanie przystępującego na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie cen jednostkowych w ww. pozycjach, a następnie powtórne dokonanie czynności badania i oceny ofert.

Niezależnie od powyższego należy dostrzec, że zarzut tworzy nie tylko wskazanie jego podstawy prawnej, ale przede wszystkim podniesione okoliczności faktyczne. Odwołujący zakwestionował ceny w pozycjach 6, 7 i 10 ofert przystępującego dodając jako podstawy prawne zarzutu - art. 224 ust. 5 i 6 oraz art. 226 ust. 5, 8 i 10 ustawy Pzp. Z uwagi na te same okoliczności faktyczne Izba uznała, że bez względu na podane podstawy prawne, w istocie postawiony został jeden zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny i rozpoznała tenże zarzut w wyżej wskazany sposób.

Izba postanowiła zatem jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący