

Sygn. akt: KIO 515/17

## POSTANOWIENIE

z dnia 24 marca 2017 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący** - członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **24 marca 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **17 marca 2017 r.** przez konsorcjum firm: **1) S&A Service Sp. z o.o., ul. Głubczycka 8, 52-026 Wrocław (pełnomocnik), 2) WPO Alba S.A., ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław, 3) Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **2 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Obornicka 100-102, 50-984 Wrocław**, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego wykonawca:

**A. Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B., ul. Bolesława Chrobrego 14, 68-100 Żagań**  
- po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. Odrzuca odwołanie.
2. Zalicza uiszczoną przez odwołującego - konsorcjum firm: **1) S&A Service Sp. z o.o., ul. Głubczycka 8, 52-026 Wrocław (pełnomocnik), 2) WPO Alba S.A., ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław, 3) Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na poczet kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250 i 1265) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

**Przewodniczący:**

.....

### **Uzasadnienie:**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego pod nazwą „Usługa sprzątania powierzchni wewnętrznych budynków, zewnętrznych powierzchni utwardzonych oraz utrzymania terenów zielonych w jednostkach, instytucjach i obiektach wojskowych na terenie kompleksów wojskowych administrowanych przez 2 WOG we Wrocławiu na terenie Sekcji Obsługi Infrastruktury w Kłodzku” (ogłoszenie z dnia 10.11.2016 r. Dz. Urz. UE nr 2016/S 204-368639), w dniu 17 marca 2017 r. zostało wniesione w formie elektronicznej odwołanie przez konsorcjum firm: 1) S&A Service Sp. z o.o. - lider; WPO Alba S.A.; Impel Cleaning Sp. z o.o., w kopii przekazane zamawiającemu z zachowaniem terminu ustawowego.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia faxem w dniu 10 marca 2017 r. o wyniku ponownej oceny ofert i podtrzymaniu przez zamawiającego wyboru oferty wykonawcy: Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. .

Odwołanie dotyczy postępowania, które zostało wszczęte w dniu 10.11.2016 r. i mają do niego zastosowanie przepisy obowiązujące od daty wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020). Ustalona wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 20 marca 2017 r. przesłane drogą elektroniczną, przystąpienie w ten sam sposób do postępowania odwoławczego, w kopii przesłane stronom, złożył w dniu 22 marca 2017 r. - po stronie zamawiającego wykonawca wybrany Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B., ul. Bolesława Chrobrego 14, 68-100 Żagań, który wnosil o oddalenie odwołania i utrzymanie w mocy czynności wyboru jego oferty.

Odwołujący wniósł odwołanie na - na ponowny wybór jako oferty najkorzystniejszej złożonej przez Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. (z zaoferowaną ceną brutto (po poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych): 984 593,79 zł za 1 rok, za 2 lata: 1 969 187,58 zł oraz z czasem reakcji: 30 minut), tym samym na nie wykonanie żądań odwołującego, w myśl złożonej odpowiedzi na wniesione poprzednio odwołanie, gdzie zamawiający uwzględnił zarzuty w całości (sygn. akt KIO 313/17), w szczególności na zaniechanie odrzucenia oferty rażąco niskiej i nie spełniającej warunków udziału oraz powtórzeniu czynności badania ofert i na nie dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu - 2 Wojskowemu Oddziałowi Gospodarczemu we Wrocławiu, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250 i 1265) zwanej dalej „ustawą Pzp”, tj.:

- po pierwsze, naruszenie postanowień przepisu [nieczytelne] w zw. z art. 186 ust. 2 oraz art. 192 ustawy Pzp w związku z dokonaniem ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem obowiązujących przepisów, pozbawiając prawa do uznania oferty odwołującego za ofertę najkorzystniejszą oraz zaniechania dokonania czynności, zgodnie z żądaniem zawartym w poprzednim odwołaniu z dnia 17.02.2017r., którego zarzuty zamawiający uznał w całości, a więc powinien w całości postąpić zgodnie z żądaniami wskazanymi w pierwszym odwołaniu

- po drugie, naruszenie postanowień przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z ust. 4 tegoż artykułu poprzez zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B., który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji uznania jego oferty za ofertę odrzuconą

- po trzecie, nadużycie w postaci nieuprawnionego żądania na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień i dowodów dotyczących rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy zgodnie z żądaniem odwołania z dnia 17.02.2017r. (KIO 313/17) zamawiający miał automatycznie odrzucić ofertę dotychczas wybranego wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w sytuacji, gdy pomimo wezwania zamawiającego z dnia 28.12.2016 r. nie złożył on wystarczających wyjaśnień, w tym dowodów celem wyjaśnienia rażąco niskiej ceny istotnych części składowych ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia - z uwagi na to, iż żąda się tego tylko raz a nie dwukrotnie a na wykonawcy ciąży obowiązek należytego udowodnienia na pierwsze żądanie zamawiającego kwestii związanych z rażąco niską ceną

- po czwarte, naruszenie postanowień art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy, który zaoferował rażąco niską cenę - poprzez rażąco niskie istotne części składowe ceny oferty, uniemożliwiające realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z OPZ

albo alternatywnie

- zaniechanie odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, z uwagi na to, iż wybrany wykonawca nie udzielił wyczerpujących wyjaśnień i nie przedstawił dowodów w zakresie tematu dotyczącego rażąco niskiej ceny,

- po piąte, naruszenie postanowień przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez wykorzystanie go w sposób nieuprawniony do wyjaśnień dotyczących zachowania tajemnicy

przedsiębiorstwa w przypadku, gdy przepis wprost dotyczy wyjaśnień jedynie w zakresie dokumentów określonych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp,

- po szóste, naruszenie postanowień art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie właściwego/szczegółowego pod względem intencji ww. przepisów zbadania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez wybranego wykonawcę Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. i uznania, iż mógł on zastrzec taką tajemnicę bez złożenia w tej materii wyczerpujących wyjaśnień i dowodów.

W zw. z ww. okolicznościami wskazującymi, iż to oferta odwołującego a nie dotychczas wybranego wykonawcy winna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza - albowiem jest ważna tj. nie podlega odrzuceniu oraz spełnia warunki określone w SIWZ, w tym warunki udziału w postępowaniu - odwołujący potwierdził, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść realną szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe wnosił o nakazanie zamawiającemu:

1. Uwzględnienia odwołania.

2. Dokonania czynności polegającej na unieważnieniu ostatniego (drugiego już wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonaniu czynności, zgodnie z żądaniem zawartym w poprzednim ww. odwołaniu z dnia 17.02.2017 r., którego zarzuty zamawiający uznał w całości tj.:

a) automatycznym wykluczeniu wybranego wykonawcy Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz uznaniu jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp - z uwagi na nie spełnianie warunku udziału w postępowaniu,

b) automatycznym odrzuceniu oferty dotychczas wybranego wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 3/ art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na to, iż zaoferował rażąco niską cenę - poprzez rażąco niskie istotne części składowe ceny oferty, uniemożliwiające realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z OPZ lub automatycznym odrzuceniu oferty dotychczas wybranego wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 3 [pkt 4] ustawy Pzp, w sytuacji gdy pomimo wezwania zamawiającego z dnia 28.12.2016 r. nie złożył on wystarczających wyjaśnień, w tym dowodów celem wyjaśnienia rażąco niskiej ceny/ istotnych części składowych ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia - z uwagi na to, iż żąda się tego - co do zasady tylko raz, a nie dwukrotnie jak uczynił zamawiający, a dodatkowo z uwagi na ciążący na wykonawcy obowiązek należytego wyjaśnienia i udowodnienia i to na pierwsze żądanie zamawiającego kwestii związanych z rażąco niską ceną

c) nieuwzględnieniu wyjaśnień dotychczas wybranego wykonawcy Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. w zakresie zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa z uwagi na to, iż wykonawca nie wyjaśnił i nie udowodnił podstaw do zachowania tej tajemnicy w sposób zgodny z przepisem art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

3. Wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej i spełniającej warunki zamówienia.

4. Obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, co następuje.

1. Zarzut naruszenia [nieczytelne] w zw. z art. 186 ust 2 oraz art. 192 ustawy Pzp i art. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z dokonaniem ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem obowiązujących przepisów, pozbawiając prawa do uznania oferty odwołującego za ofertę najkorzystniejszą.

Podał, że w dniu 17.02.2016r. wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sygn. akt KIO 313/17) w zakresie:

*„- po pierwsze, naruszenie postanowień przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp w zw. z ust. 4 tegoż artykułu poprzez zaniechanie czynności wykluczenia Wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu a w konsekwencji uznania jego oferty za ofertę odrzuconą,*

*- po drugie, naruszenie postanowień art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy, który zaoferował rażąco niską cenę - poprzez rażąco niskie istotne części składowe ceny oferty, uniemożliwiające realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z OPZ,*

*- po trzecie, naruszenie postanowień art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie zbadania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez wybranego Wykonawcę i uznania, iż mógł on zastrzec taką tajemnicę bez złożenia w tej materii stosownych wyjaśnień i dowodów.”*

Wyjaśniał, że do postępowania odwoławczego przystąpił wykonawca Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B., w terminie określonym, w art. 185 ust 2 Pzp - po stronie zamawiającego.

W dniu 28.02.2017 r. zamawiający w odpowiedzi na wniesione odwołanie złożył na piśmie oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, zgodnie z art. 186 ust. 2 Pzp.

Przystępujący obecny na posiedzeniu, poinformowany przez Izbę o złożeniu uwzględnienia przez zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W związku z powyższymi faktami, Izba uznała, że zachodzą podstawy umorzenia postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 186 ust. 2 i 3 Pzp.

Podał, że w orzecznictwie KIO panuje dość jednolity pogląd, iż w związku z uwzględnieniem całości zarzutów odwołania zamawiający ma obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, w taki sposób, aby uczynić zadość postulatowi w odwołaniu. Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 czerwca 2016 r. KIO 942/16, z dnia 11 października 2011 r. KIO 2136/11, wyrok KIO z 11.07.2011r. KIO 1417/11, wyrok KIO z 7.02.2012r. KIO 170/12, wyrok z 3.10.2012r. KIO 2010/12. W orzecznictwie kształtuje się w tym zakresie pogląd, iż przeciwnie działanie zamawiającego wprost narusza prawo. W związku z powyższym, zamawiający dokonując powtórzenia czynności w postępowaniu powinien wykonać je zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z dnia 17.02.2017r., w którym wykazano naruszenie poniższych przepisów:

- postanowień art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp w zw. z ust. 4 tegoż artykułu poprzez zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji uznania jego oferty za ofertę odrzuconą
- postanowień art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy, który zaoferował rażąco niską cenę - poprzez rażąco niskie istotne części składowe ceny oferty, uniemożliwiająca/ce realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z OPZ
- postanowień art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie zbadania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez wybranego wykonawcę Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. i uznania, iż mógł on zastrzec taką tajemnicę bez złożenia w tej materii stosownych wyjaśnień i dowodów.

Zaznaczył, że w treści poprzedniego odwołania (zał. nr 1) szczegółowo wskazał podstawy uznania oferty firmy Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. za rażąco niską - w szczególności odwołujący dokonał szczegółowej kalkulacji kosztów i elementów cenotwórczych, które potwierdzają, iż oferta tej firmy jest rażąco niska. Ponadto uznał za wykazane, iż wykonawca nie spełniał na dzień składania ofert warunków udziału, poprzez brak wymaganego doświadczenia na dzień 24.11.2017r.

Odwołujący uznał, że zamawiający jedynie teoretycznie dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Mimo faktu uznania w całości poprzedniego odwołania,

zamawiający dokonał powtórnego badania oferty w sposób niedopuszczalny tj. niezgodny z przepisami, których stosowanie nadużył oraz niezgodny z zarzutami odwołania uwzględnionego przez zamawiającego w całości i ponownie dokonał wyboru oferty tego samego wykonawcy co poprzednio, tym samym nie spełniając w całości (do czego się zobowiązał w odpowiedzi na odwołanie) żądań odwołującego, tj.:

Odwołujący wnosił jak w treści odwołania oraz we wstępie (sygn. akt 313/2017) i o zobowiązanie zamawiającego do dokonania czynności polegającej na unieważnieniu dotychczasowego wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzeniu czynności badania ofert, polegających w szczególności na: [nieczytelne]

a) powtórnym zbadaniu warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert względem dotychczas wybranego wykonawcy

b) zażądaniu złożenia stosownych wyjaśnień i dowodów przez dotychczas wybranego wykonawcę celem zbadania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień zaoferowanej przez niego rażąco niskiej ceny (istotnych części składowych ceny), [nieczytelne]

c) powtórnym zbadaniu wyjaśnień i dowodów o ile zostały załączone wraz z pismem dotychczas wybranego wykonawcy z dnia 02.01.2017r. lub [nieczytelne]

Zamawiającemu zarzuczał, iż po unieważnieniu pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej nie dokonał ponownej oceny ofert, ale jedynie na podstawie ofert i wyjaśnień złożonych już wcześniej przed pierwszym odwołaniem w niniejszym postępowaniu. W szczególności zarzucił, że bezprawnie zawezwał zamawiający firmę Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. do złożenia ponownych wyjaśnień na okoliczność podejrzenia rażąco niskiej ceny, niespełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wyjaśnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień zaoferowanej przez niego rażąco niskiej ceny. W ocenie odwołującego jest to rażące naruszenie prawa, bowiem w przedmiotowej sytuacji w żaden sposób nie zmieniała się sytuacja faktyczna w postępowaniu, pomimo wykonania ponownych czynności związanych z badaniem oferty, nie zmienił się przedmiot zamówienia, wymogi zamawiającego, sposób realizacji zamówienia opisanej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej SIWZ. Nie zmieniła się również oferta firmy Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B., a już tym bardziej sposób jej wyceny. Według odwołującego złożenie ponownych wyjaśnień, nie ma już żadnego wpływu na stan faktyczny, gdy zamawiający nie zastosował się do zarzutów i żądań pierwszego odwołania - pomimo jego uwzględnienia w całości.

Odwołujący uznał za wykazane, że firma Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. złożyła rażąco niską ofertę, niespełniającą warunków udziału w postępowaniu na dzień

składania ofert, a także to, iż objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa nie wynikało z przesłanek wskazanych w przepisach art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z twierdzeniem tym zgodził się zamawiający - poprzez uznanie odwołania w całości, ale i sam przystępujący po stronie zamawiającego tj. wcześniej i aktualnie wybrany wykonawca Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B., który zrezygnował z prawa złożenia sprzeciwu w postępowaniu odwoławczym o sygnaturze KIO 313/16. Przystępujący, firma Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. nie zakwestionował zarzutów przedstawionych w ww. odwołaniu, wskazujących na zastosowanie rażąco niskiej ceny w jego ofercie, a także pozostałych zawartych w nim zarzutów, rezygnując z możliwości obrony swojej oferty w toku postępowania odwoławczego. Przystępujący, jeśli chciał utrzymać się na pozycji wygranej, powinien na etapie toczącego się wówczas postępowania odwoławczego podnieść wszystkie okoliczności, dotyczące sporu, czego jednak nie uczynił a tym samym zrezygnował z przyznania racji jego argumentom - jak przekonywał odwołujący. Określenie w przepisach ustawy Pzp regulacji dotyczących odwołań i możliwości przystąpień do nich - wskazuje, iż każdy wykonawca, jako profesjonalista ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek, (wnosząc środki ochrony prawnej - poprzez wniesienie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego) działania z należytą starannością, tak aby w postępowaniu realizowana była zasada szybkości i efektywności postępowania i tak aby zapobiegać ewentualnemu zbędnemu, a w niektórych wypadkach celowemu przedłużaniu procedur o udzielenie zamówienia. Dlatego też ustawa Pzp w zakresie powyższych uregulowań przewiduje określony i jedyny możliwy czas na obronę oferty.

Jednocześnie wskazał, że opisywane zachowanie zamawiającego stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp względem zasady uczciwej konkurencji wobec dotychczas wybranego wykonawcy, jako, że pozostali uczestnicy przetargu nie korzystali z dobrodziejstwa tak długiego terminu na złożenie wyjaśnień jak przystępujący Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. .

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu a konsekwentnie zgodnie z ust. 4 tegoż artykułu ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą [tekst nieczytelny].

Wykonawca Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. w dokumencie JEDZ złożonym wraz z ofertą wskazał poprzez wpisanie kwoty 2.098.185,14 zł, iż spełnia warunek z zakresu zdolności technicznej lub zawodowej tj. wykonał lub wykonuje usługę sprzątania .... w ramach jednej umowy trwającej nie dłużej niż dwa lata w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert lub jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, na kwotę min. 1.800.000,00 zł. Z zapisu powyższego warunku wynika, iż ww.



kwota minimalna 1.800.000,00 zł przy usłudze jeszcze wykonywanej (i taką wykazał dotychczas wybrany wykonawca) - ma dotyczyć dnia składania ofert, bo chodzi o jedną umowę wykonywaną nie dłużej niż dwa lata ale przed dniem składania ofert, i ta umowa ma być na kwotę min. 1.800.000,00 zł, a przez to wymagana kwota, potwierdzająca zakres wykonywanej usługi *de facto* też ma być na dzień składania ofert. Dodatkowo wskazał, że moment spełniania warunków udziału w postępowaniu uzasadniony jest brzmieniem pkt 2) przepisu Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), zgodnie z którym zamawiający może żądać - wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych -referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. [tekst nieczytelny]

Odwołujący argumentował, że powyższe opiera się na obowiązującej zasadzie prawnej tj. domniemaniu prawdziwości składanych oświadczeń woli i wiedzy pod sankcją karną za jej nieprzestrzeganie. Wskazał, iż jego wyjaśnienia w związku z powołaniem się przez Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd na usługę jeszcze wykonywaną wykazały, iż kwoty określonego warunku dotychczas wybrany wykonawca nie spełniał na dzień składania oferty i JEDZ i późniejsze niedopuszczalne prawnie badanie tego warunku również tego nie zmieniło.

Stwierdził, że dowodem powyższego są załączone do odwołania pisma skierowane do zamawiającego, który wystawił referencje potwierdzające, iż na dzień składania ofert tj. dzień 24.11.2016r. wybrany dotychczas wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu. Z odpowiedzi zamawiającego, który wystawił referencje tj. 32 Bazy Lotnictwa Taktycznego w Łasku wynika, iż na koniec 31.10.2016r. wydatkowano 1.663.887,36 zł a na

dzień składania ofert tj. 24.11.2017r. kwota wyliczona z proporcji wartości usług stanowiła - 1.795.404,96 zł, a więc mniej niż określał warunek udziału w postępowaniu tj. min. kwotę 1.800.000,00 zł. Podnosił, że dotychczas wybrany wykonawca oświadczając, iż spełnia warunek doświadczenia nie mógł mieć pewności, co do osiągnięcia wymaganej wysokości kwoty, bowiem usługa nie została jeszcze przyjęta przez zamawiającego protokołem w dniu przetargu tj. 24.11.2016r. Przyjęcie usługi nastąpiło, bowiem dopiero na koniec listopada 2016r. W zw. z powyższym podtrzymał, że wybrany dotychczas wykonawca nie spełnił postawionego warunku udziału w postępowaniu, a jego oferta winna być automatycznie odrzucona nie tylko z ww. powodów, ale i z powodu samego uznania odwołania w całości przez zamawiającego i braku sprzeciwu, co do tego faktu przez przystępującego po stronie zamawiającego tj. dotychczas wybranego wykonawcy.

Pomimo uznania zarzutu przez zamawiającego i braku wniesienia sprzeciwu przez przystępującego po jego stronie, u którego spełnienie warunku doświadczenia wg. złożonego oświadczenia zostało podważone, a on nie wnosząc sprzeciwu tym samym też go uznał za zasadny, zdaniem odwołującego - zamawiający w sposób niedopuszczalny prawnie zwrócił się do firmy Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. pismem z dnia 2.03.2017r. o wyjaśnienie złożonych informacji w formularzu JEDZ w części IV w sekcji C „Zdolność Techniczna i Zawodowa”, celem spełniania przez niego warunku doświadczenia. Jednocześnie prosząc o wykazanie kwoty, na jaką została zrealizowana podana usługa na dzień składania ofert tj. 24.11.2016r. Dodatkowo zamawiający zwrócił się z pytaniem o wartość usługi do wystawiającego referencje tj. 32 Bazy Lotnictwa Taktycznego w Łasku, która odpowiedzią z dnia 02.03.2017r. potwierdziła informacje podane przez odwołującego we wcześniejszym odwołaniu.

Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. dnia 08.03.2017r. przesłał do zamawiającego odpowiedź, w której potwierdza, iż na dzień składania ofert i wypełniania formularza JEDZ złożonego wraz z oferta, wykonał wskazane zamówienia na wartość 1.795.404,96 zł. Tym samym, wbrew twierdzeniu tej firmy, iż nie musiała się wykazać wartością zrealizowaną, w trwającym jeszcze zamówieniu, kwotą 1.800.000,00 zł na dzień składania ofert i oświadczenia JEDZ zawierającego informacje o niniejszym doświadczeniu, oferta tej firmy podlega odrzuceniu, jako niespełniająca warunku udziału - według odwołującego. Zaznaczał, że idąc logiką, którą prezentuje dotychczas wybrany wykonawca wystarczającym byłoby posiadanie umowy na określoną przez zamawiającego wartość, a na dzień składania ofert wykonywać faktycznie usługę w przeciągu miesiąca na niższą niż wymagana wartość, a i tak potwierdzałoby to spełnienie warunku.

Kwota minimalna 1.800.000,00 zł przy usłudze jeszcze wykonywanej (i taką wykazał dotychczas wybrany wykonawca) - ma dotyczyć dnia składania ofert bo przecież chodzi o

jedną umowę wykonywaną nie dłużej niż dwa lata ale przed dniem składania ofert i ta umowa ma być w kwocie min. 1.800.00,00 zł, a przez to wymagana kwota, potwierdzająca zakres wykonywanej usługi *de facto* też ma być na dzień składania ofert. Każdą inną interpretację uważał za błędną. Odwołujący stwierdził, że: „*Próba wykazania, iż wymóg ten jest nadinterpretacją Odwołującego oraz stronniczością Zamawiającego jest w pełni chybiona i nie mającą potwierdzenia w faktach, jest to tylko próba deprecjonowania Odwołującego w oczach Izby i szantażu na Zamawiającym.*”

Dalej [tekst nieczytelny] Odwołujący podał. W przedmiotowej sprawie zamawiający nie wykonał dyspozycji powyższego przepisu w zakresie żądania odwołującego nakazania powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej poprzez odrzucenie oferty z rażąco niską ceną/rażąco niskimi częściami. Izba w poprzednim postępowaniu odwoławczym nie rozstrzygnęła merytorycznie kwestii rażąco niskiej ceny, ale powyższe oświadczenie procesowe zamawiającego o uwzględnieniu odwołania w całości należało traktować, jako przyznanie racji stawianym zarzutom i żądaniom odwołującego oraz zobowiązanie do wykonania czynności odrzucenia oferty przystępującego, tj. Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. . W myśl przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Stosownie do przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, a zdaniem odwołującego - przystępujący nie udowodnił tego, a nawet uznał rację odwołującego nie wnosząc sprzeciwu do odpowiedzi zamawiającego uznającego zarzuty w całości. Pomimo uznania zarzutu przez zamawiającego i braku wniesienia sprzeciwu przez przystępującego po jego stronie, którego dotyczył zarzut rażąco niskiej ceny a także bezzasadnego objęcia części wyjaśnień ceny tajemnicą przedsiębiorstwa -zamawiający zwrócił się do firmy Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. pismami z dnia 2.03.2017r. o złożenie wyjaśnień wraz z dowodami dotyczącymi elementów oferty, a także o złożenie wyjaśnień dotyczących powodów zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący podtrzymał w tym zakresie zarzuty wystosowane w uznanym przez zamawiającego odwołaniu (KIO 313/2017), w którym przystępujący po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu, a tym samym zgodził się z zarzutami i żądaniami poprzedniego odwołania.

Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp- zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający z uwagi na to, iż oferta dotychczas wybranego wykonawcy jest niższa o 37, 37 % od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert wezwał go (na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1

ustawy Pzp) - do wyjaśnienia jak zaznaczył z dowodami wymienionych w przepisie 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp ewentualnych zakresów tematycznych, mogących wpłynąć na kwotę zaoferowanej ceny.

Zamawiający poprosił o wskazanie, w szczególności z dowodami:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia,
  - 2) wybranych rozwiązań technicznych,
  - 3) wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy,
  - 4) oryginalności projektu wykonawcy,
  - 5) kosztów pracy, których wartość 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 (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265),
  - 6) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów,
  - 7) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,
  - 8) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska,
  - 9) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy
- a dodatkowo innych czynników kształtujących cenę.

Zamawiający pouczył wykonawcę Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B., iż zobowiązany jest odrzucić ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp) a dodatkowo o tym, iż zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp - obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. W zw. z powyższymi przepisami zamawiający poprosił o załączenie do składanych wyjaśnień dowodów na poparcie zawartych w nich twierdzeń.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, dotychczas wybrany wykonawca złożył wyjaśnienia, co do szczegółów, których zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa, i które dodatkowo budzą u odwołującego uzasadnione przekonanie o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny - jej istotnych części składowych, a tym samym powodują niemożliwość realizacji przedmiotu zamówienia w takim zakresie funkcjonalnym, jakościowym jaki został określony przez zamawiającego w OPZ.

Tym samym, odwołujący uznał, że zamawiający pomimo wezwania do wyjaśnień, na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp nie zbadał właściwie istotnych części składowych ceny, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości, co

do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Jako dowód dla powyższego zarzutu odwołujący przedstawił własne uwagi do kosztorysu dotychczas wybranego wykonawcy. Zgodnie ze znowelizowanym art. 90 ust. 1 Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 2) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 3) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy;
- 4) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 Ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę;
- 5) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Znowelizowany art. 90 ust. 1 Pzp zawiera ogólną zasadę, zgodnie z którą zamawiający zawsze może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, będą wydawać się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzić wątpliwości zamawiającego.

Wątpliwości odwołującego budziły następujące pozycje kosztorysu:

[nieczytelne] poz. 5. stawka 0,03 zł za m<sup>3</sup> usuwanie śniegu z dachów wielko powierzchniowych (2xw roku) na powierzchni 10 189 m<sup>2</sup>. Zaproponowana wartość netto za jednorazową usługę 305,67zł.

Przy założeniu minimalnej stawki za 1 rbh = 13 z brutto i optymistycznym wariancie, iż pracownik w jedną godzinę oczyści dach o powierzchni 200 mkw, sam koszt tej pracy wyniósłby 662,29zł, czyli ponad dwukrotnie więcej. Wskazał, że dodatkowo należy doliczyć koszt i czas rozstawienia sprzętu zabezpieczającego (linki, pasy ochronne itp.), rusztowania lub podnośnika, koszt wywiezienia śniegu z terenu obsługiwanego kompleksu w pojemnikach i na koszt wykonawcy, zysk, czas przemieszczania się pomiędzy budynkami, które na terenie

SOI Kłodzko znajdują się w różnych miejscowościach oddalonych od siebie o ponad 30km (Kłodzko - Ostra Góra 36km). Szczegółowe informacje dotyczące sposobu wykonania tej usługi znajdują się w opisie przedmiotu zamówienia na str. 17.

Zgodnie z załącznikiem nr 4 do opisu przedmiotu zamówienia ilość budynków objętych tą usługą to 19 szt. (z czego 7 bud. w Dusznikach Zdrój, 1 bud. w Ostrej Górze oraz 11 bud. w Kłodzku). Średni koszt obsługi jednego budynku wychodzi około 16,08 zł, co jest stawką nierealną, zwłaszcza iż trzeba doliczyć koszty dojazdu do poszczególnych obiektów. Odwołujący uważa, że minimalna stawka za m<sup>2</sup> dla tej usługi wynosi 0,08 zł netto.

Poz. 6 stawka 0,03 zł/mb Czyszczenie rur spustowych (2x w roku) na powierzchni 4 885 mb. Zaproponowana wartość netto za jednorazową usługę 146,55zł. Przy założeniu minimalnej stawki za 1 rbh = 13 z brutto, koszcie i czasie rozstawienia rusztowania lub podnośnika przy 64 budynkach (zgodnie z załącznikiem nr 4 do opisu przedmiotu zamówienia), koszcie wywozu zanieczyszczeń z czyszczenia rynien we własnych pojemnikach i na własny koszt, koszt zabezpieczenia prac (linki, pasy ochronne itp.), zysku, koszt i czas przemieszczania się pomiędzy budynkami (tudzież miejscowościami: Duszniki Zdrój 26 bud., Ostra Góra 5 bud., Kłodzko 33 budynki). Szczegółowe informacje dotyczące sposobu wykonania tej usługi znajdują się w opisie przedmiotu zamówienia str. 18.

Zgodnie z załącznikiem nr 4 do opisu przedmiotu zamówienia ilość budynków objętych usługą to 64 szt. - czyli średni koszt obsługi jednego budynku wychodzi około 2,29 zł, co jest wartością zdecydowanie za niską. Odwołujący uważa, iż minimalna stawka za mb dla tej usługi wynosi 1,20 zł netto.

Poz. 7 stawka 0,03 zł/mb Usuwanie sopli lodowych z dachu (2x w roku) na powierzchni 2 512 mb. Zaproponowana wartość netto za jednorazową usługę 75,36 zł

Przy założeniu: minimalnej stawki za 1 rbh = 13 z brutto i ilości 48 budynków podlegających usłudze, koszcie i czasie rozstawienia rusztowania lub podnośnika wymaganego przy 24 budynkach (zgodnie z załącznikiem nr 4 do opisu przedmiotu zamówienia), koszcie wywozu zanieczyszczeń z usuwania sopli lodowych we własnych pojemnikach i na własny koszt, koszcie zabezpieczenia prac (linki, pasy ochronne itp.), zysku, czasu przemieszczania się pomiędzy budynkami/ miejscowościami. Szczegółowe informacje dotyczące sposobu wykonania tej usługi znajdują się w opisie przedmiotu zamówienia str. 17 i 18. Średni koszt obsługi jednego budynku to około 1,57 zł - co jest stawką nierealną. Odwołujący uważa, iż minimalna stawka za mb dla tej usługi wynosi 1,40 zł netto.

Poz. 10 stawka 1 zł m<sup>2</sup> Czyszczenie vertiacale (1x w roku) na powierzchni 1345,93m<sup>2</sup>. Zaproponowana wartość netto za jednorazową usługę 1 345,93 zł. Przy założeniu minimalnej stawki za 1 rbh = 13 z brutto, jeden pracownik musiałby w 1/rbh wyczyścić 13m<sup>2</sup>

verticali. W ramach tej usługi i zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia str. 4 w tym czasie należy je zdemontować, wyczyścić, usunąć drobne uszkodzenia ( w tym linki i łańcuszki) oraz ponownie zamontować. Wykonanie w tym czasie tej usługi jest nierealne, a należy pamiętać, iż cena usługi winna zawierać również inne koszty tj. środki, sprzęt, czas przemieszczania się pomiędzy budynkami/ miejscowościami i wielokrotnego wejścia na drabinę oraz zysk firmy.

Poz. 8 stawka 1 zł m2. (Pranie firan raz w roku) na powierzchni 882 m2. Zaproponowana wartość netto za jednorazową usługę 882.00 zł. Przy założeniu minimalnej stawki za 1 rbh - 13 z brutto, jeden pracownik musiałby w 1rbh wyprać ok.13 m2 firan. W ramach tej usługi i zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia str. 4 w tym czasie należy je zdjąć, wyprać, wyprasować, naprawić drobne uszkodzenia oraz ponownie założyć. Wykonanie w tym czasie tej usługi jest nierealne, a należy pamiętać, iż cena usługi winna zawierać również inne koszty tj. środki, sprzęt, czas przemieszczania się pomiędzy budynkami/ miejscowościami i wielokrotnego wejścia na drabinę oraz zysk firmy.

Poz. 9 stawka 1 zł m2. (pranie zasłon 1x w roku) na powierzchni 973 m2. Zaproponowana wartość netto za jednorazowa usługę 973,00 zł. Przy założeniu minimalnej stawki za 1 rbh = 13 z brutto, jeden pracownik musiałby w 1rbh wyprać ok. 13 m2 zasłon. W ramach tej usługi i zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia str. 4 w tym czasie należy je zdjąć, wyprać, wyprasować, naprawić drobne uszkodzenia oraz ponownie założyć. Wykonanie w tym czasie tej usługi jest nierealne, a należy pamiętać, iż cena usługi winna zawierać również inne koszty tj. środki, sprzęt, czas przemieszczania się pomiędzy budynkami/ miejscowościami i wielokrotnego wejścia na drabinę oraz zysk firmy.

II. Uwagi co do złożonych w dniu 02.01.2017r. wyjaśnień przez dotychczas wybranego wykonawcę Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. .

Zdaniem odwołującego - wycena usług wybranego dotychczas wykonawcy jest daleko niedoszacowana, nie tylko w elementach przedstawionych powyżej, ale również w pozostałych pracach wymaganych przez zamawiającego.

Po pierwsze: Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd powołują się (str. 1 wyjaśnień ceny), iż on oraz podmioty współpracujące z uwagi na szeroki zakres wykonania usługi także na innych obiektach otrzymują znaczne rabaty. Rabaty podmiotów współpracujących nie mają odniesienia do przedmiotowej usługi, bowiem wykonawca zadeklarował samodzielne wykonanie usługi tj. bez udziału podmiotu trzeciego i bez udziału podwykonawców, co powinno wzbudzić wątpliwości zamawiającego.

Po drugie: Zakładany przez składającego wyjaśnienia koszt zakupu środków higienicznych w wartości 3 000 zł jest nieadekwatny do wymagań zamawiającego z OPZ, który mówi: „SPECYFIKACJA MATERIAŁÓW HIGIENICZNYCH”

Do bieżącego uzupełniania papieru toaletowego, kostek WC, mydła w płynie, ręczników papierowych w toaletach Wykonawca będzie stosował materiały wg poniższej specyfikacji:

1. *Papier toaletowy biały -celulozowany, minimum 2 - warstwowy, w rolkach standard, dzielonych na listki min. 230.*
2. *Ręczniki papierowe białe*
  - *składane ZZ, celulozowane-minimum dwuwarstwowe - klejone do podajnika.*
  - *w rolce, listkowy: 50 listków w rolce, dwuwarstwowy, gofrowany, szer.23 cm, długość 10, 5 m.*
3. *Mydło w płynie przeznaczone do mycia rąk*
  - *do dozowników, a w przypadku ich braku odpowiednim opakowaniu z dozownikiem*
4. *Kostka do WC (nie mniej niż 35 a)*

*Kostka WC do mycia i pielęgnacji toalet, posiadająca w składzie: węglan wapnia.*

5. *Odświeżacz powietrza.*

*Odświeżacz powietrza: w sprayu, elektryczny (wkład do odświeżacza elektrycznego), w formie zawieszki zapachowej, (w zależności od zainstalowanych urządzeń).*

*Do bieżącego uzupełnienia podajników na papier toaletowy, podajniki do papieru typu ZZ, uchwytów na ręczniki papierowe w rolkach oraz szczotki do WC z pojemnikiem, Zamawiający wykazuje ilości zamontowane na dzień rozpoczęcia umowy:*

1. *Podajnik na papier toaletowy w rolkach szt. 237*
2. *Dozownik na mydło w płynie szt. 174*
3. *Uchwyt na ręcznik papierowy w rolce szt. 174*
4. *Szczotka do WC z pojemnikiem szt. 237*

*Zamawiający informuje, że ze względu na możliwość występowania zmiennych stanów osobowych podane ilości mogą ulec zmianie"*

Zdaniem odwołującego zużycie środków higienicznych jest niedoszacowane, nawet przy ewentualnych znacznych rabatach, jakimi w ramach tajemnicy przedsiębiorstwa rzekomo wykazało się Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. .

Uznał, że nie ma znaczenia przywoływane przez dotychczas wybranego wykonawcę zużycie materiałów higienicznych przez jego podwykonawcę na obiekcie 32 Baza Lotnictwa Taktycznego w Łasku, którego powierzchnia jest według niego o 30% większa, bowiem nie oznacza to podobnego zużycia środków - na to ma wpływ wiele innych czynników chociażby ilość personelu, ilość szkoleń na obiekcie (czyli dodatkowego napływu żołnierzy) itp., no i przede wszystkim parametry wymaganych środków higienicznych nie muszą być tożsame, a w przypadku tego zamówienia żądane środki mają konkretne parametry i nie można stosować innych zamiennych. Zamawiający podał tu też konkretną ilość pojemników do uzupełnienia, według własnego wyliczenia.



Odwołujący przedstawił tabelę, w której wyliczył, jego zdaniem prawidłowe wielkości zużycia środków higienicznych i ich zapotrzebowanie.

Po trzecie: zamawiający wprost informuje: „*UWAGA: Wykonawca zabezpiecza wywóz śniegu, lodu, suszu; zebranych liści, skoszonej trawy i innych roślin oraz zakup piasku do posypywania terenów utwardzonych w okresie zimowym, jak również zakup urządzeń typu: dozowniki na mydło w płynie, podajniki na papier toaletowy, uchwyty na ręczniki papierowe w rolkach oraz szczotki do WC z pojemnikiem. Wszystkie materiały związane z technologią sprzątania (płyny do mycia i konserwacji, pasty, worki na śmieci, sprzęt gospodarczy, uzupełnianie papieru toaletowego, mydła, ręczników, odświeżaczy powietrza w toaletach, środki ochrony osobistej. (...)) W ramach ustalonego wynagrodzenia ryczałtowego za 1 m<sup>2</sup> sprzątej powierzchni. Odpad powstały w wyniku świadczenia usług na terenach zewnętrznych jest własnością Wykonawcy.*”

Odwołujący przekonywał, że dotychczas wybrany wykonawca Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. w ramach złożonych wyjaśnień nie wykazał uwzględnia w kalkulacji takich kosztów jak: wywóz śniegu, lodu, a także urobku ze sprzątania /zamiatania terenów zewnętrznych. Pominięte zostały również wszystkie materiały związane z technologią sprzątania: płyny do mycia i konserwacji, pasty, worki na śmieci. Itp. Wykonawca wskazał tylko koszt odbioru masy zielonej. Nie wiadomo co z resztą? Brak tych kosztów w przedstawionym wyjaśnieniu, powinno wzbudzić uzasadnione wątpliwości zamawiającego.

Zamawiający wprost informuje: „*Codziennie opróżnianie i czyszczenie koszy na śmieci pojemników na odpady preselekcyjne, pojemników niszczarek do dokumentów wraz z wymianą plastikowych worków i wynoszenie śmieci do pojemników ustawionych przez Zamawiającego. Zakup worków na śmieci i do niszczarek dostosowany do pojemników w poszczególnych lokalizacjach wykonywania usługi leży po stronie Wykonawcy. Zamawiający SOI w Kłodzku posiada w użytkowaniu 466 koszy (worki o pojemności nie mniejsze niż 80 litrów), 131 koszy (worki o pojemności nie mniejszej niż 35 litrów), 52 pojemniki na odpady po preselekcji (worki o pojemności nie mniejszej niż 120 litrów) oraz 91 szt. niszczarek (worki o pojemności nie mniejszej niż 35 litrów 90%, o pojemności 120 litrów 10%)”*

Oraz na stronie 14 OPZ „*Opróżnianiu koszy na nieczystości ustawionych wzdłuż ciągów komunikacyjnych i chodników. Odpad powstały w wyniku świadczenia usług na terenach zewnętrznych są własnością Wykonawcy z wyłączeniem koszy na nieczystości ustawionych wzdłuż chodników i ciągów komunikacyjnych. Wykonawca musi opróżnić 32 szt. koszy zewnętrznych (o pojemności 60 l) 1 raz dziennie od poniedziałku do piątku w godz. Od 07.00 do 10.00”*

A wiec zgodnie z wytycznymi zamawiającego w zakresie czynności należy codziennie wymieniać worki we wszystkich rodzajach koszy. Zdaniem odwołującego - Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd nie uwzględniły zatem następujących kosztów miesięcznych: odwołujący przedstawił tabelę, że koszt zużycia worków na śmieci wynosi 1 249,13 zł.

„*WORKI 60 LITRÓW (466 KOSZY)X5 DNI W TYG, 186 rolek 3,47 645,42 50szt/rolka  
WORKI 35 LITRÓW (131 KOSZY)X5 DNI W TYG. 52 rolek 2,83 147,16 50szt/rolka  
WORKI 120 LITRÓW ( 52 KOSZY)X 5 DNI W TYG. 41 rolek 6,14 251,74 : 25szt/ rolka  
WORKI 35 LITRÓW ( 82 NISZCZARKI)X 5 DNI W TYG. 33 rolek 2,83 93,39 50szt/rolka  
WORKI 120LITRÓW (9 NISZCZAREK)X 5 DNI W TYG. 8 rolek 5,10 40,80 25szt/rolka  
WORKI 60 LITRÓW (32 KOSZE PRZY CHODNIKACH)X5 DNI W TYG. 22 rolek 3,21;70,62  
30 szt./rolka 1 249,13 zł*

Koszty te w ocenie odwołującego nie zostały uwzględnione w wyjaśnieniach, jak również brak jest kosztu zdeponowania i transportu śmieci z koszy ulicznych do RIPOK. Przy założeniu dziennego odbioru ok. 2 kg z każdego z koszy - 32 szt. daje 64 kg śmieci dziennie. Miesięcznie jest to ilość ok.1,5t, i z tego należy się rozliczyć z zamawiającym poprzez załączenie do miesięcznego rozliczenia kart przekazania odpadu. Powyższe powinno wzbudzić uzasadnione wątpliwości zamawiającego.

W swoich wyjaśnieniach wykonawca Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. zakładając czas pracy sprzętu i zużycie paliwa opiera się na historycznych danych z usług wykonywanych w kompleksie wojskowym w Sieradzu. Zapomina przy tym, iż nie można, zwłaszcza w okresie zimowym, porównywać terenów ze środkowej Polski z terenami górskimi. Wykonawca nie starał się udowodnić swoich cen poprzez zachowania rynkowe, a jedynie próbuje przekonać zamawiającego, iż wykonując podobną usługę na terenie wojskowym w środkowej Polsce wykona ją tak samo w SOI Kłodzko. Stwierdził, że nie jest to prawdą, każde zamówienie jest inne i wymaga indywidualnej wyceny z uwzględnieniem specyfiki każdego zamawiającego i jego wymagań. Fakt wykonywania usługi dla innej jednostki nie oznacza, że skoro podmiot jest podobny to zamówienie również.

Zdaniem odwołującego wykonawca konkurent - nie uwzględnił w swojej wycenie specyfiki obiektów, jakimi są kompleksy SOI Kłodzko zlokalizowane w miejscowościach: Kłodzko, Duszniki Zdrój, Zieleniec oraz Ostra Góra.

Odwołujący przedstawił bieżące dane za miesiąc styczeń br., że zima w poszczególnych kompleksach kształtowała się następująco:

#### GARNIZON KŁODZKO- WARUNKI ZIMOWE

Kompleks 4333, Kompleks 7780 Zieleniec, Ośrodek Szkolenia Piechoty Górskiej „Jodła” Duszniki Zdrój

Ośrodek Szkolenia Piechoty Górskiej „Jodła” w Dusznikach Zdroju mieści się blisko kurortu Zieleniec, który leży na wysokości 800-960 m n. p. m, średnio śnieg leży tutaj przez 150 dni w roku, a średnia suma jego opadów jest jedną z najwyższych w Polsce. Fauna i flora zbliżone są do Syberyjskiej Tundry. Klimat specyficzny, zbliżony do alpejskiego.

Komendzie Ośrodka Szkolenia Piechoty Górskiej „Jodła” podporządkowany jest także wojskowy obiekt w Ostrej Górze, oddalony o kilkanaście kilometrów od Dusznik. Obiekty te najczęściej użytkowane są w zimie. Śnieg utrzymuje się do połowy maja.

W styczniu 2017 r. odnotowano wysokość pokrywy sięgającej do 1,5m, z dobowym opadem ok. 20-30cm.

W sezonie zimowym tygodniowo szkoli się w ośrodku „Jodła” około 260 żołnierzy. Celem szkoleń jest zapoznanie żołnierzy ze specyfiką prowadzenia działań w terenie górzystym w warunkach zimowych oraz organizacji przetrwania w bardzo trudnych warunkach, w temp. poniżej -10 st. C.

Warunki atmosferyczne i charakterystyka prac prowadzonych w styczniu 2017

- przez cały miesiąc panowały ujemne temperatury powietrza z min. wynoszącą - 22 st. C
- opady śniegu zanotowano w trakcie 9 dni stycznia (4, 5, 6, 7, 11, 12, 13, 15, 16 stycznia 2017)
- na jeden dzień pracy w okresie opadów przypada średnio 52 godz. pracy pracowników, 13 godz. pracy ciągnika o mocy min. 60KM z pługiem śnieżnym oraz 21 godz. pracy odśnieżarek samojezdnych (usuwanie śniegu)
- w 10 dniach stycznia (9,10,14, 17,18,19, 20, 24, 25 i 26 stycznia 2017) odnotowano silny wiatr powodujący zamiecie śnieżne,
- na jeden dzień pracy w okresie występowania zamieci śnieżnych przypada średnio 52 godz. pracy pracowników, 10-12 godz. pracy ciągnika o mocy min. 60KM z pługiem śnieżnym, ok. 21 godz. pracy odśnieżarek samojezdnych;
- okres bezśnieżny (27-31.01.2017)- prowadzono prace usuwania śliskości ze względu na niską temp., która powodowała oblodzenie chodników, dróg i placów
- na jeden dzień pracy w okresie bezśnieżnym przypada średnio 21 godz. pracy pracowników. Akcji zimowej nie przeprowadzono tylko dwa dni w miesiącu (8 i 22.01.2017)

W styczniu ze względu na dużą ilość nagromadzonego śniegu zgodnie z umową konieczne było jego przewożenie przy pomocy ładowarki o pojemn. łyżki 1 m<sup>3</sup> przez okres 6 godz.

**RAZEM USUWANIE ŚNIEGU**

praca ludzi 1093 godz., praca pługa 237 godz., praca odśnieżarki 399 godz.

ok, 20 ton materiału uszorstniającego (piasek); do rozprowadzania piasku używano piaskarek mechanicznych lub ręcznie na terenach, gdzie nie było możliwości zastosowania sprzętu

Uwaga! Zamawiający nie dopuszcza używania środków chemicznych (sól), co utrudnia prowadzenie akcji zima.

Jednostka Wojskowa 4161 w Kłodzku

Warunki atmosferyczne i charakterystyka prac prowadzonych w styczniu 2017

- przez cały miesiąc utrzymywała się ujemna temp. powietrza, z min. temp. -16 st. C
- opady śniegu odnotowano w ciągu 9 dni stycznia (2,4, 7, 8,12,13,14,15,16 stycznia 2017)
- na jeden dzień pracy w okresie śnieżnym przypada średnio 26 godz. pracy pracowników, 10 godz. pracy ciągnika z pługiem i ok. 10 godz. 2 ciągników mniejszych z pługiem (o mocy 30KM), 5-10 godz. pracy odśnieżarek samojezdnych
- w okresie bezśnieżnym prowadzono prace utrzymania czystości i usuwania śliskości zgodnie z umową

#### RAZEM USUWANIE ŚNIEGU

praca ludzi 345 godz. praca ciągnika z pługiem 90 godz., ciągniki mniejsze z pługiem 90 godz., praca odśnieżarek samojezdnych 75 godz. ok. 10 ton materiału uszorstniającego (piasek)

Kompleks 5571 Ostra Góra

- Ostra Góra (720 m n.p.m.), na samej granicy polsko-czeskiej.
- warunki atmosferyczne i charakterystyka prac prowadzonych w styczniu 2017
- warunki atmosferyczne są tożsame z tymi panującymi w Ośrodku Szkolenia Piechoty Górskiej „Jodła” w Dusznikach Zdroju, tyle że warunki dojazdu na kompleks są bardzo utrudnione bowiem znajduje się on w terenie leśnym, wyludnionym, do którego prowadzi lokalna droga.

#### RAZEM USUWANIE ŚNIEGU

- praca ludzi 228 godz.
- praca ciągnika z pługiem 40 godz.
- koparko ładowarka 54 godz. - bezwzględnie potrzebna w przypadku opadów (mniejszy sprzęt nie jest w stanie usunąć ilości zalegającego tam śniegu)
- praca odśnieżarek samojezdnych 48 godz.
- ok. 6 ton materiału uszorstniającego (piasek)

Z powyższego wykazu wynika według odwołującego, że na obiekcie o większej powierzchni placów, drogi chodników, ale niżej położonym w okresie zimowym jest mniej pracy zarówno ludzi, jak i sprzętu, niż w obiekcie położonym wyżej, ale o mniejszej powierzchni.

Zaznaczał, że powyższe opracowanie obejmuje tylko utrzymanie zimowe obiektów- nie ujęto w nim bieżącego, codziennego utrzymania czystości dróg, chodników i placów o powierzchni 74 660m<sup>2</sup>.

Tym samym, uznał dane przedstawione w wyjaśnieniu Biura Projektowego Ogrody Hesperyd zakładające 100 mth w miesiącu za chybione i powinny wzbudzić uzasadnione wątpliwości zamawiającego.

Dodatkowo odwołujący wskazywał, iż powyższe uzasadnione przekonanie o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny (jej istotnych części składowych) a tym samym o niemożliwości realizacji za tę cenę przedmiotu zamówienia - mógł powziąć jedynie na podstawie okazanych mu przez zamawiającego wyjaśnień wykonawcy Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. - bez 16 kart szczegółowych załączników, w tym ewentualnych dowodów wyjaśniających rażąco niską cenę, ale i również bez wyjaśnień i dowodów, co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie ceny.

Zaznaczał, że jedyne dostępne mu wyjaśnienia i zawarte w nich globalne składniki cenotwórcze bez jakichkolwiek dowodów, czy też szczegółowych kalkulacji wyjaśniających zaoferowaną cenę - wskazują zdaniem odwołującego, iż istotne części składowe ceny są rażąco niskie a przez to nie gwarantują realizacji przedmiotu zamówienia. Dotychczas wybrany wykonawca w ramach wyjaśnień objął wszystkie załączniki do pisma z dnia 02.01.2017r., o którym mowa powyżej -tzw. tajemnicą przedsiębiorstwa. Natomiast nie wyjaśnił i nie udowodnił w myśl art. 8 ust. 3 ustawy Pzp - dlaczego tak uczynił. Jedyne wyjaśnienia z pisma przekazanego do wglądu dla odwołującego są takie: „wszystkie załączniki na kartach do niniejszego pisma (16 kart) są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa z powodu ujęcia w nich sposobu organizacji pracy przedsiębiorstwa, cen i podmiotów współpracujących, dostawców.”

Ponadto odwołujący wystąpił też w dniu 13.02.2017r. do zamawiającego o przekazanie wyjaśnień i dowodów w sprawie tajemnicy przedsiębiorstwa od dotychczas wybranego wykonawcy Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B., a jeśli takiego wystąpienia nie było - o uzasadnienie stanowiska Komisji przetargowej - dlaczego uznała w świetle powyższego tajemnicę przedsiębiorstwa. Do dnia dzisiejszego zamawiający nie przekazał ani wyjaśnień z dowodami ani uzasadnienia dla stanowiska objęcia przez Komisję przetargową tajemnicą przedsiębiorstwa - elementów załączników do wyjaśnień z dnia 02.01.2017r. dotychczas wybranego wykonawcy w ww. zakresie.

Odwołujący podnosił, jako zarzut skierowany do zamawiającego, iż objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa nie jest dowolnym działaniem woli wykonawcy, tylko muszą zajść określone przesłanki wskazane w przepisach art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się „nieujawnione do wiadomości publicznej

informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności." Wyżej zacytowana ustawa uznaje za tajemnicę przedsiębiorstwa tylko takie informacje, które łącznie spełniają trzy przesłanki:

- są nieujawnione do wiadomości publicznej
- posiadają wartość gospodarczą (na przykład informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa) tj. wpływają na wartość przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym lub mają znaczenie w działalności gospodarczej osoby uprawnionej lub osoby trzeciej
- przedsiębiorca podjął co do nich niezbędne działania w celu zachowania ich poufności tj. działania rozsądne w danych okolicznościach dla utrzymania ich poufności. W zależności od okoliczności i rodzaju informacji może się okazać, że należy przedsięwziąć większą liczbę zaawansowanych środków ostrożności niż zwykle poinformowanie kontrahenta lub pracownika o konieczności zachowania poufności informacji.

Jeżeli okaże się, że jedna z tych przesłanek nie zostanie spełniona, informacja nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i każdy może z niej korzystać bez ograniczeń. Ponadto polska definicja tajemnicy przedsiębiorstwa powinna być zgodna z umową międzynarodową, której stroną jest nasz kraj. Chodzi tu o międzynarodowe „Porozumienie w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej” (tzw. TRIPS - Agreement on Trade - Related Aspects of Intellectual Property, Dz. U. z 1996 r., Nr 32, poz. 143). Zgodnie z postanowieniami TRIPS informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa:

- są poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zespole ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które normalnie zajmują się tym rodzajem informacji;
- mają wartość handlową dlatego, że są poufne; i
- poddane zostały przez osobę, pod której legalną kontrolą informacje te pozostają rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich poufności.

Pomimo różnic terminologicznych przyjmuje się, że przepisy art. 11 ust 4 UoZNK jak i art. 39 TRIPS w ten sam sposób definiują pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Tak więc:

- po pierwsze, tajemnicą przedsiębiorstwa są tylko informacje. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jako przykład tajemnic przedsiębiorstwa podaje informacje techniczne, technologiczne lub organizacyjne przedsiębiorstwa
- po drugie, informacja musi mieć wartość gospodarczą i z tego powodu, że jest poufna. Posiadanie tej informacji daje przewagę konkurencyjną dlatego, że nie jest ona powszechnie

znana, a jej uzyskanie przez konkurenta powinno ułatwić mu życie, przysporzyć korzyści lub zaoszczędzić kosztów

- po trzecie, informacja nie może być ogólnie znana lub łatwo dostępna dla osób z kręgów, które normalnie zajmują się tym rodzajem informacji. Powszechna znajomość informacji albo, co najmniej dostęp do niej osób, które specjalistycznie zajmują się tym rodzajem informacji, wyłącza możliwość uznania jej za tajemnicę przedsiębiorstwa

- po czwarte, informacja powinna być traktowana przez przedsiębiorcę, jako poufna i powinna zostać poddana rozsądnym działaniom dla utrzymania jej poufności. Przedsiębiorca powinien wyrazić wolę objęcia informacji poufnością, przy czym sama wola nie wystarczy. W ślad za tą wolą powinny pójść działania, które ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nazywa „niezbędnymi działaniami” w celu zachowania poufności informacji, zaś TRIPS określa jako działania „rozsądne w danych okolicznościach” dla utrzymania ich poufności. Oba akty prawne mają na myśli ten sam stan, czyli tak zwaną zasadę „relatywnej” tajemnicy informacji.

Ponadto, zgodnie z opinią UZP, przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek utajnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę, jako poufne, jeżeli wykonawca wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Głównym motywem wprowadzenia omawianej nowelizacji, jest zatem wyraźne wskazanie, że ciężar udowodnienia, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, spoczywa na wykonawcy, jako na podmiocie, który z danego faktu wywodzi skutki prawne. Zakaz ujawniania przez zamawiającego informacji, o których mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, stanowi ograniczenie zasady jawności postępowania, wskazanej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Nowelizacja art. 8 ust. 3 ustawy Pzp miała na celu wyeliminowanie nadużywania przez wykonawców tajemnicy przedsiębiorstwa w celu utrudnienia dostępu do treści oferty innym wykonawcom. Zamawiający uzyskał w szczególności możliwość ujawnienia (odtajnienia) informacji zastrzeżonych przez wykonawcę, które ze swojej istoty tajemnicą przedsiębiorstwa nie są. W sytuacji, gdy wykonawca składając ofertę, zastrzegł tajność określonych informacji, ale nie wykazał, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, należy przede wszystkim poddać analizie sposób realizacji wykazywania (udowodniania) przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w świetle art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Ustawodawca pozostawił wykonawcy dowolność w doborze środków służących realizacji powyższego obowiązku, przy czym, zawarte w treści art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, pojęcia „zastrzeżenie” i „wykazanie” oznaczają, iż w ramach wykazywania istnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 u.z.n.k., w odniesieniu do zastrzeganych informacji, wykonawca powinien przedłożyć określone dowody, nie zaś ograniczyć się do samego zastrzeżenia określonych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący podał, że orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie wskazuje, iż wykazanie tajemnicy przedsiębiorstwa powinno mieć miejsce w szczególności, w odniesieniu do przesłanek

określających charakter zastrzeganych informacji (techniczny, technologiczny, organizacyjny etc.), które powinny być uprawdopodobnione poprzez ustalenie obiektywnych (nawet jeżeli tylko swoistych i odnoszących się tylko do danego wykonawcy) faktów przesądzających o tego typu charakterze zastrzeżonych danych (por. wyrok KIO z dnia 12 września 2012 r., sygn. akt 1921/12). Wykazanie przez wykonawcę, że zastrzegane informacje posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, powinno polegać na złożeniu dowodów mających postać np. oświadczenia uzasadniającego, dlaczego określone informacje mają przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa, np. wyciągu z umów z kontrahentami zawierających postanowienia o zachowaniu określonych okoliczności w poufności. W zakresie wykazania przesłanki podjęcia działań niezbędnych dla zachowania poufności zastrzeganej informacji, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 528/10, stwierdziła, że *„wykonawca powinien wskazać konkretne okoliczności, czy chociażby działania które zostały podjęte przez wykonawcę, tj. np. wykazanie się wewnętrznymi regulaminami, wskazującymi iż powyższa (zastrzeżona - przyp. wł.) informacja nie może zostać w żaden sposób upubliczniona.”*

Odwołujący zauważył, że zastrzeżenie przez wykonawcę określonych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa powoduje każdorazowo obowiązek dokonania przez zamawiającego oceny zasadności powyższego zastrzeżenia w oparciu o przepisy u.z.n.k. Ocena zamawiającego w powyższym przedmiocie odbywa się w oparciu o dowody, jakie wykonawca przedłożył do upływu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jeżeli jednak wykonawca poprzestanie na zastrzeżeniu w ofercie danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, bez wykazania skuteczności ich utajnienia w świetle przepisów u.z.n.k., zamawiający nie jest związany zakazem ujawniania tych informacji, wynikającym z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W wyroku z dnia 2 marca 2015 r., sygn. akt KIO 291/15, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła wręcz, iż *„brak takich wyjaśnień (wykazujących zasadność zastrzeżenia - przyp. wł.) lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 Pzp ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji”* (analogiczne stanowisko Izba zajęła w wyrokach: z dnia 26 lutego 2015, sygn. akt KIO 306/15 oraz z dnia 2 marca 2015 r. sygn. akt. KIO 279/15).

Odwołujący w jedynejszych dostępnych mu wyjaśnieniach dotychczas wybranego wykonawcy z dnia 02.01.2017r., powziął informację, iż: *„wszystkie załączniki kartach do niniejszego pisma (16 kart) są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa z powodu ujęcia w nich sposobu organizacji pracy przedsiębiorstwa, cen i podmiotów współpracujących, dostawców”*, natomiast nie miał możliwości, jak już wykazał powyżej tj. z tytułu braku do wglądu tych załączników jak i braku odpowiedzi zamawiającego - dlatego uznał tajemnicę



przedsiębiorstwa wybranego wykonawcy (pomimo zapytania go o to w dniu 13.02.2017r.) - z nimi się zapoznać.

Odwołujący już z literalnego brzmienia ww. zapisu, zwłaszcza wyrażonego w sformułowaniu „objęcia w nich sposobu organizacji...” wnioskuje, iż nie dołączono do owych 16 kart - dowodów, które uzasadniałyby wyżej wyjaśnioną definicję tajemnicy przedsiębiorstwa (aby ona mogła skutecznie zaistnieć), a tym samym dotychczas wybrany wykonawca nie wypełnił obowiązku określonego w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, który pomimo braku bezpośredniego uregulowania w ustawie przy postanowieniach dot. rażąco niskiej ceny oferty - ma pośrednio swoje zastosowanie do wyjaśniania i dowodzenia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa na etapie badania rażąco niskiej ceny oferty - tu jej istotnych części składowych. Za warte wskazania uznał, że nie jest też prawnie możliwe późniejsze uzupełnianie tych danych jak to ma np. miejsce w przypadkach, do których odnosi się przepis art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp tj. do dokumentów określonych w przepisie art. 25 ustawy Pzp.

W związku z powyższym zarzuty postawione zamawiającemu w zakresie zaniechania właściwego zbadania pierwotnych wyjaśnień i dowodów na rażąco niskie - istotne części składowe oferty, jak i właściwego zbadania wyjaśnień wraz z dowodami w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa -uznał za uzasadnione.

Zdaniem odwołującego z uwagi na charakter przedmiotu zamówienia, jego specyfikę, dostępność danych informacyjnych dotyczących elementów oferty a składających się na jak wskazuje przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp istotne części składowe ceny-zaoferowanej przez dotychczas wybranego wykonawcę wykazują, iż doszło ostatecznie do złożenia oferty z rażąco niską ceną w związku z czym powinno nastąpić odrzucenie takiej oferty, a nie jej wybór jako oferty najkorzystniejszej.

Uznał, że przedstawione zarzuty znalazły potwierdzenie nie tylko u zamawiającego, poprzez uznanie ich w całości, co powinno skutkować automatycznym odrzuceniem oferty firmy Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B., której oferta zawiera rażąco niską cenę, a także uznanie zarzutu skierowanego do zamawiającego, iż objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa nie wynikało z przesłanek wskazanych w przepisach art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale również u przystępującego, który zrezygnował z prawa złożenia sprzeciwu w postępowaniu odwoławczym o sygnaturze KIO 313/17.

Pomimo uznania zarzutu przez zamawiającego i braku wniesienia sprzeciwu przez przystępującego po jego stronie, w którego ofercie wskazano jako rażąco niską cenę/ istotne części składowe ceny oraz zawierającą dokumenty w sposób nieuzasadniony objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, zamawiający w niedopuszczalny prawnie sposób ponownie zwrócił się do firmy Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. pismami z dnia 2.03.2017r. o

wyjaśnienie powodów zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów złożonych w dniu 02.01.2017r. oraz wyjaśnień wraz z dowodami elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożonej oferty w ww. postępowaniu.

W ocenie odwołującego takie działanie zamawiającego było nieuprawnione, jednak z ostrożności procesowej odniósł się do załączonych wyjaśnień firmy Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. .

Odnosząc się do odpowiedzi na pismo 2686/17 dotyczące wyjaśnienia elementów oferty, w szczególności istotnych składowych ceny oferty, złożonej w ww. postępowaniu, tj.:

1. Tabela B, Poz.5 - Usuwanie śniegu z dachów wielkopowierzchniowych
2. Tabela B, Poz.6 - Czyszczenie rynien i rur spustowych
3. Tabela B, Poz.7 - Usuwanie sopli lodowych z dachu
5. Tabela B, Poz.9 - Pranie zasłon
6. Tabela B, Poz.10 - Czyszczenie verticale

- odniósł wrażenie, iż odpowiedź firmy Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. jest głównie zarzutem wobec odwołującego, który podważył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożonej przez tego oferenta w dniu 02.01.2017r., a nie skupieniem się na wyjaśnieniach odnoszących się do oferty dotychczasowego wykonawcy.

Przypominał, iż przystępujący po stronie zamawiającego, pomimo obecności na rozprawie i powzięcia informacji o decyzji zamawiającego, zrezygnował z prawa złożenia sprzeciwu w postępowaniu odwoławczym o sygnaturze KIO 313/17, a tym samym uznał zarzuty w całości, wyczerpał więc możliwość obrony zarzutów skierowanych do niego w odwołaniu (KIO 313/17).

Odnosząc się do wyjaśnień z dnia 02.03.2017r., podał:

Ad.I. Tabela B, Poz.5 - Usuwanie śniegu z dachów wielkopowierzchniowych,

- dotychczas wybrany wykonawca próbuje udowodnić, iż obniżoną wartość usługi odśnieżania dachów osiągnie poprzez zastosowanie maszyn wirnikowych. Obniżony czas pracy podaje na podstawie rzekomej wydolności odśnieżarki (1500-1800m<sup>2</sup>/h). Dane te nie są potwierdzonymi danymi wydajności odśnieżania dachu, o różnej strukturze, budowie i umieszczonych na nich elementach konstrukcyjnych. Ponadto w swoich wyliczeniach wyjaśniający przyjął łączną wartość dachów do odśnieżenia bez podziału na rzeczywisty koszt każdego z budynków. Przecież nie jest to jedna prosta połać dachu. W wyjaśnieniach zostało podniesione jakoby pozostałe koszty nie były znaczące, co nie jest prawdą. Czas pracy jest tu istotnym elementem, który wprost przekłada się na koszty pracy.

Na stronie 4 wyjaśnień podważona została zasadność wskazania przez zamawiającego technologii stawiania rusztowań (lub zastosowanie podnośnika), jednakże to właśnie zamawiający ma wiedzę o możliwości dostępu do dachu, na których wyjaśniający chce zastosować techniki alpinistyczne (z ziemi tego nie zrobi). Chcąc uzyskać/potwierdzić tą wiedzę oferent mógł zwrócić się o wyjaśnienie tej kwestii u zamawiającego przed składaniem ofert i jej wyceny. Jeżeli tego nie zrobił winien wycenić według wskazań zamawiającego. Za lakoniczne (nie poparte dowodami) uznał twierdzenie, iż wykonanie zabezpieczeń linowych trwa kilka minut (19 budynków w różnych miejscowościach). Dodatkowo należy zorganizować źródło prądu na dachu (jeżeli wykorzystuje się odśnieżarkę elektryczną), jaki i sam transport jej na dach po wcześniejszym zabezpieczeniu sprzętu, przed jego uszkodzeniem jak i elewacji budynku. W przypadku sprzętu spalinowego należy doliczyć koszty paliwa, oleju, przeglądów. Jednocześnie należy zauważyć, iż nie jest to praca jednej osoby, a więc koszty rbh należy zwielokrotnić. Sama waga sprzętu od 20 kg (elektryczna maszyna) lub od 60 kg (spalinowa), wymaga ostrożności i czasu na jej wciągnięcie i opuszczenie (19 budynków). W wyjaśnieniach nie uwzględniono też ręcznego odśnieżania, natomiast może ono okazać się konieczne, bowiem według załączonych do wyjaśnień danych, pokrywa śniegu możliwa do usunięcia przez proponowaną maszynę to 20 cm. Co w sytuacji gdy pokrywa śniegu jest większa? Zamawiający nie określił, iż będzie zlecał odśnieżanie tylko w sytuacji, gdy zalegający śnieg ma max taką grubość. Ponadto zgodnie z żądaniem zamawiającego w OPZ ściągnięcie śniegu ma nastąpić z połaci dachu, w sposób niezagrażający bezpieczeństwu ludzi i mienia (w więc samego dachu również). Nie można więc wykluczyć, iż celem doczyszczania nie będzie konieczności pracy ręcznej, tym bardziej iż na dachach występują miejsca trudnodostępne, piorunochrony, anteny itp.)

Próbie obniżenia kosztów dojazdu uznał za chybioną. Usługa winna być wykonywana na wezwanie zamawiającego w terminie 3 godzin - a więc nie musi się łączyć z innymi usługami. Wyjaśniający wprost też potwierdził, iż nie ujął w kalkulacji kosztu wywozu śniegu, mimo wyraźnego wskazania przez zamawiającego o tej konieczności, a chce go zrzucić na tereny zielone. Zgodnie z OPZ usługa wymaga wywozu śniegu we własnych pojemnikach z kompleksu zamawiającego, brak jest możliwości składowania go na obsługiwanym terenie, nie mówiąc o możliwych zniszczeniach zieleni zamawiającego.

#### Ad. 2. Tabela B, Poz.6 - Czyszczenie rynien i rur spustowych

W wyjaśnieniach z dnia 07.03.2017r. błędnie zostało podane jakoby długość rynien ( bez rur spustowych) wynosiła 2 512mb. Podana przez wyjaśniającego długości odnosi się tylko do rur, przy których wymagany jest udział podnośnika, dodatkowo trzeba doliczyć pozostałe rynny o długości 1 061mb co daje razem 3 640 mb rynien bez rur spustowych. A więc już założenia kalkulacyjne uznał za niedoszacowane. Ponadto technologia zaproponowana przez

Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B., przy użyciu wskazanego przez nich sprzętu jest niemożliwa do wykonania na przedmiotowym obiekcie - zdaniem odwołującego. Zaproponowany sprzęt jest do użytku domowego, jest zbyt słaby do „przedmuchania” rur o wysokości kilku pięter, a jego wydolność jest zbyt słaba (dowód w załączeniu). Proponowane technologie winny być adekwatne do zleconych prac i obiektów. Ponadto nie skalkulowano kosztów podnośnika/rusztowania wymaganych do oczyszczenia 2 512mb (podobnie jak w punkcie powyżej), trzeba doliczyć koszty zabezpieczenia terenu pod budynkiem, ogrodzenia taśmą, czas ewentualnego powiadomienia właścicieli samochodów parkujących o konieczności ich przestawienia. Zamawiający wykazując podnośnik, może się nie zgodzić na przedmuchanie rynien dmuchawą spalinową, bowiem rozprysk błota i podgniętych liści może spowodować zabrudzenie elewacji i górnych okien (co może generować dodatkowe koszty). Wymogi wskazane przez zamawiającego w OPZ winny mieć odniesienie w kalkulacji wykonawców, bowiem w tym celu jest on przygotowywany. Oferent winien uwzględnić wszystkie wymogi zlecającego usługę, a zamówienie winno zapewniać zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz aby było przeprowadzone zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Poza kosztem wykorzystania podnośnika trzeba doliczyć koszty zabezpieczenia terenu pod budynkiem, ogrodzenia taśmą, czas ewentualnego powiadomienia właścicieli samochodów parkujących pod budynkiem o konieczności ich przestawienia itp., Usługa winna być wyceniona zgodnie z założeniami OPZ, na którym winni opierać się w kalkulacji wszyscy oferenci.

#### Ad. 3. Tabela B, Poz.7 - Usuwanie sopli lodowych z dachu

W wyjaśnieniach z dnia 07.03.2017r. błędnie zostało podane jakoby długość rynien (bez rur spustowych) wynosiła 2 512mb. Podana przez wyjaśniającego długości odnosi się tylko do rur, przy których wymagany jest udział podnośnika, dodatkowo trzeba doliczyć pozostałe rynny o długości 1 061mb co daje razem 3 640 mb rynien, a więc złożenia kalkulacyjne są już błędne. Ponadto jak w przypadkach powyżej, pomimo wskazania (dokładnie, na których obiektach) konieczności zastosowania podnośnika przy danej usłudze, wykonawca nie skalkulował jego udziału. Z góry założył, że będzie to robił z okien (nie mając wiedzy czy będzie to możliwe, gdy np. ograniczona jest dostępność z okien, użytkownicy nie wyrażą zgody na ich przerwę w pracy związaną z koniecznością odejścia od miejsca pracy, biurka itp.) i dachu. Wykonawca chcąc skalkulować wykonanie usługi inaczej nie z w OPZ winien zwrócić się w dopuszczalnym terminie z pytaniem do zamawiającego o dopuszczenie takiej technologii. Zamawiający wykazując podnośnik, może się nie zgodzić na zrzucanie wolnych sopli z dachu na ziemię, co może spowodować uszkodzenie drobnych elementów elewacji np. klimatyzatory, daszki itp., a właśnie za pomocą podnośnika łamanie ich i umieszczanie w koszu. Wymogi wskazane przez zamawiającego w OPZ winny mieć odniesienie w kalkulacji

wykonawców, bowiem w tym celu jest on przygotowywany, tak aby oferent uwzględnił wszystkie wymogi zlecającego usługę, a zamówienie zapewniało zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz było przeprowadzone zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Poza kosztem wykorzystania podnośnika trzeba doliczyć koszty zabezpieczenia terenu pod budynkiem, ogrodzenia taśmą, czas ewentualnego powiadomienia właścicieli samochodów parkujących pod o konieczności ich przestawienia itp. Usługa winna być wyceniona zgodnie z założeniami OPZ, na którym winni opierać się w kalkulacji wszyscy oferenci.

Ad. 4 i 5. Tabela B, Poz. 8- Pranie firan oraz Tabela B, Poz. 9 - Pranie zasłon

W wyjaśnieniach nie zostało udowodnione właściwie wyliczenie kosztu usługi. Skupiono się tam na kosztach prania usługi podwykonawcy (na dzień składania oferty i sporządzenia kalkulacji wykonawca nie zadeklarował udziału podwykonawców, a więc nie powinien go uwzględniać przy wycenie usługi), nie wyliczono za to pełnego kosztu usługi zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia str. 4: czyli należy je zdjąć, wyprać, wyprasować, naprawić drobne uszkodzenia oraz ponownie założyć. Cena usługi winna zawierać również inne koszty tj. środki, sprzęt, czas przemieszczania się pomiędzy budynkami/ miejscowościami i wielokrotnego wejścia na drabinę oraz zysk firmy. Jako alternatywę wykonawca podaje pranie firan w oparciu na zainstalowaną pralkę do prania mopów na koszt zamawiającego (energia + woda). Na dzień sporządzenia kalkulacji oferent nie ma zainstalowanej na obiektach zamawiającego takiej pralki, nie ma też zgody na jej instalację, więc nie może na jej podstawie opierać kalkulacji. Ponadto nie podaje ilości takich pralek oraz miejsc/miejscowości instalacji (dot. kosztów dowozu).

6. Tabela B, Poz. 10 - Czyszczenie verticale

Zamawiający wskazał, iż wykonanie tej usługi obejmuje demontaż, czyszczenie, usuwanie drobnych uszkodzeń (nie koniecznie zrobionych przez wykonawcę) oraz ponowne zamontowanie. Nawet opierając się na wyliczeniach wykonawcy nie uwzględnił on kosztów przemieszczania się między pokojami, budynkami, miejscowościami. Czasu na przygotowanie stanowiska pracy (drabina, udrożnienie dojścia do verticali itp.) oraz zysku.

W swoich wyjaśnieniach z dnia 07.03.2017r. firma Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. skupiła się na podważaniu wyliczeń zużycia materiałów higienicznych sporządzonych przez odwołującego, mimo wcześniejszego braku sprzeciwu do tego zarzutu, jednocześnie nie wyjaśniając kosztu zakupu środków higienicznych skalkulowanych przez niego na wartość 3 000 zł, który odwołujący podważał, jako niedoszacowany. Rzeczą wykonawcy w takiej sytuacji jest udzielić wyjaśnień w zakresie okoliczności, które wpłynęły na kalkulację ceny w

oparciu o dane zawarte w SIWZ oraz OPZ, w szczególności rodzaj i ilości zastosowanych materiałów.

W zakresie niedoszacowania kosztów utrzymania koszy ulicznych Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. nie udowodnił - według odwołującego, że uwzględnił koszty tej usługi, próbując wprowadzić w błąd, iż nieczystości z koszy ulicznych będące własnością zamawiającego, nie rodzą kosztów utylizacji po stronie wykonawcy. Firma, która prowadzi działalność polegającą na opróżnianiu koszy ulicznych, musi uzyskać wpis do działalności regulowanej tylko wtedy, gdy w umowie zawartej na świadczenie tych usług będzie napisane, że wytwórca odpadów jest zlecającym tę usługę. Tak jest w tym przypadku. Wtedy bowiem taka firma będzie w świetle prawa odbierającym odpady komunalne. Skoro odpad odbiera, winna go również zdeponować. Potwierdzenie takiego stanowiska można odnaleźć w odpowiedzi na zapytania do SIWZ z dnia 28.10.2016r.

W przekonaniu odwołującego Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. próbuje podważyć dane przedstawione przez odwołującego w poprzedniej sprawie (KIO 313/2017r.), czego nie zrobił na posiedzeniu KIO w dniu 28.02.2017r., jako przystępujący po stronie zamawiającego, natomiast nie przedstawił konkretnej kalkulacji własnych kosztów wraz z dowodami, celem potwierdzenia właściwego skalkulowania przez siebie przedmiotowej usługi. A stosownie do przepisu art. 90 ust.2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją skalkulował dla potrzeb danego postępowania przetargowego. W uznaniu odwołującego zaniżone wartości poszczególnych elementów składających się na kalkulacje usługi są istotne zarówno z uwagi na fakt zarzutu niedoszacowania podstawowych usług tj. codzienne utrzymanie powierzchni wewnętrznych poprzez nieuwzględnienie wszystkich składowych ceny, jak i terenów zewnętrznych w tym samym zakresie. Niedoszacowano też według odwołującego prac okresowych, których koszty są znacznie zaniżone. Ich istotność nie musi wynikać tylko z procentowego udziału w cenie (ta jest niższa choćby ze względu na krotkość usługi), jednak są to prace osobne wymagane przez zamawiającego, a więc potrzebne w realizacji całego zamówienia. Ponadto są to usługi istotne ze względów np. bezpieczeństwa zarówno użytkowników, jaki i samych obiektów (odśnieżanie dachów, usuwanie sopli, czyszczenie rynien itp.)

Zdaniem odwołującego z uwagi na charakter przedmiotu zamówienia, jego specyfikę, dostępność danych informacyjnych dotyczących elementów oferty a składających się na jak wskazuje przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp na istotne części składowe ceny - zaoferowanej przez dotychczasowego wybranego wykonawcę wykazują, iż doszło ostatecznie do złożenia oferty z rażąco niską ceną, w związku z czym powinno nastąpić odrzucenie takiej oferty na podstawie art. 90 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a nie jej wybór jako oferty najkorzystniejszej - ponownie.

Mając na uwadze powyższe, wnosił o zobowiązanie zamawiającego do dokonania czynności polegającej na unieważnieniu dotychczasowego wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonaniu czynności, zgodnie z żądaniem zawartym w poprzednim ww. odwołaniu z dnia 17.02.2017r., którego zarzuty zamawiający uznał w całości i nakazanie:

- a) automatycznego wykluczenia wybranego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz uznaniu jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp - z uwagi na nie spełnianie warunku udziału w postępowaniu,
- b) automatycznego odrzucenia oferty dotychczas wybranego wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na to, iż zaoferował rażąco niską cenę - poprzez rażąco niskie istotne części składowe ceny oferty, uniemożliwiające realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z OPZ, lub
- c) automatycznego odrzucenia oferty dotychczas wybranego wykonawcy na podstawie art. 90 ust.3 pkt 4 ustawy Pzp, w sytuacji, gdy pomimo wezwania zamawiającego z dnia 28.12.2016r. nie złożył on wystarczających wyjaśnień, w tym dowodów celem wyjaśnienia rażąco niskiej ceny istotnych części składowych ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia - z uwagi na to, iż żąda się tego, co do zasady tylko raz a nie dwukrotnie jak uczynił zamawiający, a dodatkowo z uwagi na ciążący na wykonawcy obowiązek należytego wyjaśnienia i udowodnienia i to na pierwsze żądanie zamawiającego kwestii związanych z rażąco niską ceną,
- c) nakazania nieuwzględnienia wyjaśnień dotychczas wybranego wykonawcy w zakresie zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa z uwagi na to, iż wykonawca nie wyjaśnił i nie udowodnił podstaw do zachowania tej tajemnicy w sposób zgodny z przepisem art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

3. nakazania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej i spełniającej warunki zamówienia.

4. Obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Izba na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron, dopuściła dowód z akt odwoławczych sygn. akt: KIO 313/17.

W poprzednim odwołaniu z dnia 17 lutego 2017 r. rozpatrywanym pod sygn. akt KIO 313/17 odwołujący podnosił zarzuty wobec czynności zamawiającego dotyczących oceny oferty wykonawcy Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B.:

I. Zarzut naruszenie postanowień przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z ust. 4 tegoż artykułu poprzez zaniechanie czynności wykluczenia Wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu a w konsekwencji uznania jego oferty za ofertę odrzuconą.

II. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy, który zaoferował rażąco niską cenę - poprzez rażąco niskie istotne części składowe ceny oferty, uniemożliwiające realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z OPZ.

III. Zarzut naruszenia postanowień art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie zbadania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez wybranego wykonawcę i uznania, iż mógł on zastrzec taką tajemnicę bez złożenia w tej materii stosownych wyjaśnień i dowodów.

W zw. z. ww. okolicznościami wskazującymi na to, iż oferta odwołującego a nie dotychczas wybranego wykonawcy winna zostać wybrana, jako oferta najkorzystniejsza albowiem jest ważna tj. nie podlega odrzuceniu oraz spełnia warunki określone w SIWZ, w tym warunki udziału w postępowaniu określone względem wykonawcy - odwołujący potwierdził, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- dokonania czynności polegającej na unieważnieniu dotychczasowego wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzeniu czynności badania ofert, polegających w szczególności na:

a) powtórny zbadaniu warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert względem dotychczas wybranego wykonawcy i w konsekwencji wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp oraz uznaniu jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust 4 ustawy Pzp - w przypadku nie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

b) zażądaniu złożenia stosownych wyjaśnień i dowodów przez dotychczas wybranego wykonawcę celem zbadania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień zaoferowanej przez niego rażąco niskiej ceny istotnych części składowych ceny.

c) powtórny zbadaniu wyjaśnień i dowodów (o ile zostały załączone wraz z pismem dotychczas wybranego wykonawcy z dnia 02.01.2017r.) oraz w konsekwencji odrzuceniu oferty dotychczas wybranego wykonawcy na podstawie art 90 ust. 3 ustawy Pzp jeśli powtórne badanie wykaże, iż mamy do czynienia z rażąco niską ceną oferty poprzez rażąco niskie istotne składowe części ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub automatycznym odrzuceniu oferty dotychczas wybranego wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp o ile pomimo wezwania zamawiającego z dnia 28.12.2016 r. nie złożył on jednak wystarczających wyjaśnień, w tym dowodów celem wyjaśnienia rażąco niskiej ceny



(istotnych części składowych ceny) w stosunku do przedmiotu zamówienia - z uwagi na obowiązek wykonawcy należytego udowodnienia na pierwsze żądanie zamawiającego kwestii związanych z rażąco niską ceną.

Odwołujący przedstawił identyczne uzasadnienie faktyczne i okoliczności faktyczne, jak w rozpatrywanej sprawie, tj.:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, co następuje:

„1. Zarzut naruszenia art. 24 ust. X pkt 12) ustawy Pzp w zw. z ust. 4 tegoż artykułu poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności wykluczenia Wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu a w konsekwencji uznania tego oferty za ofertę odrzuconą.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu a konsekwentnie zgodnie z ust. 4 tegoż artykułu ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Wykonawca w dokumencie JEDZ złożonym wraz z oferta wyraźnie wskazał poprzez wpisanie kwoty 2.098.185,14 zł, iż spełnia warunek z zakresu zdolności technicznej lub zawodowej tj. wykonał lub wykonuje usługę sprzątania .... w ramach jednej umowy trwającej nie dłużej niż dwa lata w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert lub jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, na kwotę min. 1.800.000,00 zł.

Z zapisu powyższego warunku jasno wynika, iż ww. kwota minimalna 1.800.000,00 zł przy usłudze jeszcze wykonywanej (i taką wykazał dotychczas wybrany Wykonawca) - ma dotyczyć dnia składania ofert bo przecież chodzi o jedną umowę wykonywana nie dłużej niż dwa lata ALE przed dniem składania ofert I TO TA WŁAŚNIE UMOWA MA BYĆ w kwocie min. 1 800,00,00 zł, a przez to wymagana kwota, potwierdzająca zakres wykonywanej usługi de facto też ma być na dzień składania ofert.

Każda inna interpretacja wydaje się całkowicie bezzasadna i błędna.

Ponadto spełnianie warunków udziału na dzień składania ofert a nie na inny moment ma swoje uzasadnienie również w tym, iż celem ustawodawcy w świetle znowelizowanych przepisów ustawy Pzp było nie angażowania wszystkich wykonawców (jak to miało miejsce dotychczas) na składanie wraz z ofertą kompletu dokumentów, w tym dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu - a oparcie się w dniu składania ofert na złożonych oświadczeniach w zakresie warunków udziału w postępowaniu i wykluczeniu z postępowania.

*Powyższe zaś opiera się na obowiązującej zasadzie prawnej tj. domniemaniu prawdziwości składanych oświadczeń woli i wiedzy pod sankcją karną za jej nieprzestrzeganie.*

*Odwołujący wskazuje, iż jego wyjaśnienia w związku z powołaniem się przez Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd na usługę jeszcze wykonywaną wykazały, iż kwoty określonego warunku dotychczas wybrany Wykonawca nie spełniał na dzień składania oferty i JEDZ.*

*Dowodem powyższego są załączone do niniejszego odwołania pisma skierowane do Zamawiającego, który wystawił referencje potwierdzające, iż na dzień składania ofert tj. na dzień 24.11.2016r. wybrany dotychczas Wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu.*

*Z odpowiedzi Zamawiającego, który wystawił referencje tj. 32 Bazy Lotnictwa Taktycznego w Łasku jasno wynika, iż na koniec 31.10.2016r. wydatkowano 1.663.887,36 zł a na dzień składania ofert tj. 24.11.2017r. kwota wyliczona z proporcji wartości usług stanowiła - 1.795.404,96zł a więc mniej niż określał warunek udziału w postępowaniu tj. min. kwotę 1.800.000,00 zł.*

*Ponadto dotychczas wybrany Wykonawca oświadczając, iż spełnia warunek doświadczenia nie mógł mieć pewności co do osiągnięcia wymaganej wysokości kwoty, bowiem usługa nie została jeszcze przyjęta przez Zamawiającego protokołem w dniu przetargu tj. 24.XI.2016r. Przyjęcie usługi nastąpiło bowiem dopiero na koniec listopada 2016r.*

*W zw. z powyższym wybrany dotychczas Wykonawca nie spełnił postawionego warunku udziału w postępowaniu a jego oferta winna być odrzucona.*

*2. Zarzut naruszenia postanowień art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Wykonawcy, który zaoferował rażąco niską cenę- poprzez rażąco niskie istotne części składowe ceny oferty, uniemożliwiający realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z OPZ, połączony z*

*3. Zarzutem naruszenia postanowień art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie przez Zamawiającego zbadania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez wybranego Wykonawcę i uznania, iż mógł on zastrzec taką tajemnicę bez złożenia w tej materii stosownych wyjaśnień i dowodów.*

*Zgodnie z treścią art. 89 ust 1 pkt 4) ustawy Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

*Zamawiający z uwagi na to, iż oferta dotychczas wybranego Wykonawcy jest niższa o 37,37 % od średniej-arytmetycznej wszystkich złożonych ofert wezwał go (na podstawie art. 90 ust. 1 a pkt 1) ustawy Pzp) - do wyjaśnienia jak zaznaczył z dowodami wymienionych w przepisie*

90 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp ewentualnych zakresów tematycznych, mogących wpłynąć na kwotę zaoferowanej ceny.

Zamawiający poprosił o wskazanie, w szczególności z dowodami:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia,
- 2) wybranych rozwiązań technicznych,
- 3) wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla Wykonawcy.
- 4) oryginalności projektu Wykonawcy,
- 5) kosztów pracy, których wartość 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 (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265),
- 6) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 7) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 8) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 9) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy a dodatkowo innych czynników kształtujących cenę.

Zamawiający pouczył Wykonawcę, iż zobowiązany jest odrzucić ofertę Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 Ustawy Pzp) a dodatkowo o tym, iż zgodnie z art. 90 ust. 2 Ustawy Pzp - obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy.

W zw. z powyższymi przepisami Zamawiający wyraźnie poprosił o załączenie do składanych wyjaśnień dowodów na poparcie zawartych w nich twierdzeń.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, dotychczas wybrany Wykonawca, złożył wyjaśnienia, co do szczegółów, których zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa, i które dodatkowo budzą u Odwołującego uzasadnione przekonanie o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny - jej istotnych części składowych a tym samym powodują niemożliwość realizacji przedmiotu zamówienia w takim zakresie funkcjonalnym, jakościowym jaki został określony przez Zamawiającego w OPZ.

Tym samym, Zamawiający pomimo wezwania do wyjaśnień, na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1) nie zbadał właściwie istotnych części składowych ceny, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu, zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

*Dowodem dla powyższego zarzutu są:*

*1. Uwagi do kosztorysu dotyczącego wybranego Wykonawcy:"*

*Odwołujący przedstawił takie same uwagi, jak wyżej przytoczane w niniejszej sprawie. (...)*

*Odwołujący przedstawił takie same warunki atmosferyczne i charakterystykę prac prowadzonych w styczniu 2017, jak wyżej przytoczane w niniejszej sprawie. (...)*

*Odwołujący przedstawił takie samo uzasadnienie dotyczące niezasadności objęcia wszystkich załączników do pisma z dnia 02.01.2017r. wykonawcy Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. - tajemnicą przedsiębiorstwa.*

*„W zw. z powyższym zarzuty postawione Zamawiającemu w zakresie zaniechania zażądania jak wykazuje Odwołujący wyjaśnień i dowodów na rażąco niskie - istotne części składowe ofert jak i zaniechania wezwania Wykonawcy do wyjaśnień wraz z dowodami w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa - są całkowicie uzasadnione.*

*Zdaniem Odwołującego z uwagi na charakter przedmiotu zamówienia, jego specyfikę, dostępność danych informacyjnych dotyczących elementów oferty a składających się na jak wskazuje przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp istotne części składowe ceny - zaoferowanej przez dotychczasowego Wykonawcę wykazują, iż doszło ostatecznie do złożenia oferty z rażąco niską ceną w zw. z czym powinno nastąpić odrzucenie takiej oferty, a nie jej wybór jako oferty najkorzystniejszej.*

*Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak w treści odwołania oraz we wstępie i o zobowiązanie Zamawiającego do dokonania czynności polegającej na unieważnieniu dotychczasowego wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzeniu czynności badania ofert, polegających w szczególności na:*

*a) powtórnym zbadaniu warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert względem dotychczas wybranego Wykonawcy i w konsekwencji wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp oraz uznaniu jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust 4 ustawy Pzp - w przypadku nie spełniania warunku udziału w postępowaniu.*

*b) zażądaniu złożenia stosownych wyjaśnień i dowodów przez dotychczas wybranego Wykonawcę celem zbadania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień zaoferowanej przez niego rażąco niskiej ceny (istotnych części składowych ceny),*

*c) powtórnym zbadaniu wyjaśnień i dowodów (o ile zostały załączone wraz z pismem dotychczas wybranego Wykonawcy z dnia 02.10.2017r.) oraz w konsekwencji odrzuceniu oferty dotychczas wybranego Wykonawcy na podstawie art. 90 ust 3 ustawy Pzp, jeśli*

powtórne badanie wykaże, iż mamy do czynienia z rażąco niską ceną oferty poprzez rażąco niskie istotne składowe części ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub automatycznym odrzuceniu oferty dotychczas wybranego Wykonawcy na podstawie art. 90 ust 3 ustawy Pzp, o ile pomimo wezwania Zamawiającego z dnia 28.12.2016 r. nie złożył on jednak wystarczających wyjaśnień, w tym dowodów celem wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (istotnych części składowych ceny) w stosunku do przedmiotu zamówienia - z uwagi na obowiązek Wykonawcy należytego udowodnienia na pierwsze żądanie Zamawiającego kwestii związanych z rażąco niską ceną."

W sprawie Sygn. akt: KIO 313/17 - zamawiający w dniu 28 lutego 2017 r. złożył odpowiedź na odwołanie następującej treści: „Zamawiający po przeanalizowaniu sprawy, uwzględni odwołanie w całości. Uzasadnienie. Zamawiający, uznając za zasadne zarzuty odwołującego, dotyczące nr sprawy INFR/660/2016, dokona unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej i powtórnej oceny ofert wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w przetargu.”

Postanowieniem w sprawie Sygn. akt: KIO 313/17 z dnia 28 lutego 2017 r. Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 28 lutego 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] S&A Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Głębczycka 8, 52-026 Wrocław (pełnomocnik), [2] WPO Alba S.A. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław, [3] Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Obornicka 100-102, 50-984 Wrocław, przy udziale wykonawcy Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B., ul. Bolesława Chrobrego 14, 68-100 Żagań zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, umorzyła postępowanie odwoławcze, w uzasadnieniu podając, że zamawiający w odpowiedzi na wniesione odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] S&A Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Głębczycka 8, 52-026 Wrocław (pełnomocnik), [2] WPO Alba S.A. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław, [3] Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław pismem z 27 lutego 2017 r., które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 28 lutego 2017 r., przed otwarciem posiedzenia Izby, złożył na piśmie oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, zgodnie z art. 186 ust. 2 Pzp.

Do postępowania odwoławczego przystąpił wykonawca Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B., ul. Bolesława Chrobrego 14, 68-100 Żagań w terminie zakreślonym w art.

185 ust. 2 Pzp. Wykonawca ten, obecny na posiedzeniu, poinformowany o wniesieniu uwzględnienia przez zamawiającego nie wniósł sprzeciwu do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W związku z powyższymi faktami, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 186 ust. 2 i 3 Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wnieśli sprzeciwu do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego.

W sytuacji umorzenia postępowania, w związku z uwzględnieniem całości zarzutów, ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

#### **Izba zważyła, co następuje.**

Wszystkie podnoszone zarzuty odwołania Izba uznała za niedopuszczalne w świetle postanowień art. 189 ust. 2 pkt 3 i 5 ustawy Pzp, gdyż dotyczą czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu tego samego odwołującego, sformułowanym w sprawie sygn. akt: KIO 313/17, lub pozostają spóźnione.

Odwołujący nie podnosił żadnych okoliczności, które mogłyby być przedmiotem merytorycznego rozpoznania w niniejszej sprawie. Przy tym odwołujący swoją legitymację do kolejnego zaskarżenia czynności zamawiającego oparł na wadliwej ocenie prawnej okoliczności faktycznych, które przedstawił w sposób pomijający treść własnych żądań zawartych w odwołaniu wniesionym dnia 17 lutego 2017 r.

Należało zauważyć, w jaki sposób odwołujący sformułował żądania zawarte w jego poprzednim odwołaniu. Mianowicie odwołujący żądał zobowiązania zamawiającego do dokonania czynności polegających na:

*„unieważnieniu dotychczasowego wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzeniu czynności badania ofert, polegających w szczególności na:*

*a) powtórnym zbadaniu warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert względem dotychczas wybranego Wykonawcy i w konsekwencji wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp oraz uznaniu jego oferty za*

odrzuconą na podstawie art. 24 ust 4 ustawy Pzp - w przypadku nie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

b) zażądaniu złożenia stosownych wyjaśnień i dowodów przez dotychczas wybranego Wykonawcę celem zbadania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień zaoferowanej przez niego rażąco niskiej ceny (istotnych części składowych ceny),

c) powtórny zbadaniu wyjaśnień i dowodów (o ile zostały załączone wraz z pismem dotychczas wybranego Wykonawcy z dnia 02.10.2017 r.) oraz w konsekwencji odrzuceniu oferty dotychczas wybranego Wykonawcy na podstawie art. 90 ust 3 ustawy Pzp, jeśli powtórne badanie wykaże, iż mamy do czynienia z rażąco niską ceną oferty poprzez rażąco niskie istotne składowe części ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub automatycznym odrzuceniu oferty dotychczas wybranego Wykonawcy na podstawie art. 90 ust 3 ustawy Pzp, o ile pomimo wezwania Zamawiającego z dnia 28.12.2016 r. nie złożył on jednak wystarczających wyjaśnień, w tym dowodów celem wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (istotnych części składowych ceny) w stosunku do przedmiotu zamówienia - z uwagi na obowiązek Wykonawcy należytego udowodnienia na pierwsze żądanie Zamawiającego kwestii związanych z rażąco niską ceną."

Powyższe dowodzi, że odwołujący nie sformułował w odwołaniu z dnia 17 lutego 2017 r. kategorię żądania wykluczenia konkurenta, tj. firmy Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. z postępowania i odrzucenia jego oferty, tak - jak twierdzi obecnie, że zamawiający „miał automatycznie odrzucić ofertę dotychczas wybranego wykonawcy”.

Żądanie, co do wykluczenia firmy Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. z postępowania miało charakter warunkowy - w przypadku, gdy ponowna ocena ofert wykaże „nie spełniania warunku udziału w postępowaniu.”

Tak samo odwołujący przestawił żądanie „powtórnego zbadania wyjaśnień i dowodów (o ile zostały załączone wraz z pismem dotychczas wybranego Wykonawcy z dnia 02.10.2017r.).”

Natomiast odrzucenia oferty firmy Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. na podstawie art. 90 ust 3 ustawy Pzp, odwołujący żądał - „jeśli powtórne badanie wykaże, iż mamy do czynienia z rażąco niską ceną oferty poprzez rażąco niskie istotne składowe części ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

Odwołujący żądał odrzucenia oferty firmy Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. „o tyle, o ile pomimo wezwania Zamawiającego z dnia 28.12.2016 r. nie złożył on jednak wystarczających wyjaśnień, w tym dowodów celem wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (istotnych części składowych ceny) w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie informował, że uznając za zasadne zarzuty odwołującego, dotyczące nr sprawy INFR/660/2016, dokona unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej i powtórnej oceny ofert wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w przetargu. Zamawiający nie wspominał, że wykluczy wykonawcę Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. z postępowania i odrzuci jego ofertę.

Okolicznością przyznaną przez odwołującego wprost w odwołaniu było, że zamawiający dokonał żądanych czynności:

- unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej z dnia 8 lutego 2017 r.
- powtórzył czynności badania ofert
- powtórnie zbadał spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B.,
- zażądał złożenia stosownych informacji i dowodów przez Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B., dotyczących zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty i ich udokumentowania.
- powtórnie zbadał, wyjaśnienia i dowody w zakresie rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. .

Odwołujący mimo, że żądał od zamawiającego przeprowadzenia ww. czynności - tracąc konsekwencję - w niniejszym odwołaniu: zarzucił, że bezprawnie zaważwał zamawiający firmę Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. do złożenia ponownych wyjaśnień na okoliczność podejrzenia rażąco niskiej ceny, niespełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wyjaśnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień zaoferowanej przez niego rażąco niskiej ceny.

Jeżeli zamawiający po ponownym badaniu i oceny oferty Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. doszedł do przekonania, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz udowodnił, że cena jego oferty jest realna - mógł ponownie dokonać wyboru oferty skarżonego wykonawcy, gdyż taką możliwość odwołujący pozostawił poprzez warunkowy tryb przedstawionych żądań. To samo dotyczy zachowania w poufności dowodów przedstawionych przez wykonawcę wybranego na okoliczność wykazania realności ceny złożonej oferty.

Żądania wykonawcy zawarte w odwołaniu powinny mieć charakter jednoznaczny i stanowczy, a nie wielowariantowy i warunkowy, czy alternatywny. Skoro wnoszone jest odwołanie oparte na zarzutach: nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez oznaczonego wykonawcę, rażąco niskiej ceny oferty, czy bezzasadnym utajnieniu dokumentów, które nie podlegają ochronie, jako objętych tajemnicą przedsiębiorstwa - wnioski odwołania powinny mieć postać kategorię żądania:



- wykluczenia skarżonego wykonawcy
- odrzucenia jego oferty
- odtajnienia dokumentów.

Rzeczą zamawiającego lub przystępującego w obronie własnej oferty wykonawcy, byłoby wykazywanie przed Izbą ewentualnej przedwczesności takich żądań, wobec np. niewyczerpania wszelkich dostępnych w ustawie Pzp procedur umożliwiających sanowanie dotkniętej wadami, czy brakami oferty skarżonego wykonawcy, lub umożliwienia wyjaśnień.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba związana jest zarzutami przedstawionymi w odwołaniu. Ustawodawca nie ustanowił takiego ograniczenia względem żądań zawartych w odwołaniu i nie jest odosobnioną praktyką, że uwzględniając odwołanie, Izba nakazuje dokonanie czynności zamawiającego w inny sposób, niż podał odwołujący.

Ponadto, odwołujący wykonawca, uczestnicząc w postępowaniu odwoławczym, jeżeli uznaje, że deklarowany przez zamawiającego sposób uwzględnienia odwołania w całości - nie wypełnia jego żądań, może podtrzymać wniosek o merytoryczne rozpoznanie odwołania przez Izbę.

W konkluzji należało stwierdzić, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu tego samego odwołującego, złożonym w dniu 17 lutego 2017 r. i rozpatrzonym przez Izbę w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 313/17.

Należało również zauważyć, że odwołujący podnosił te same zarzuty i okoliczności wobec wykonawcy Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B., co w poprzednim odwołaniu - przytaczając całe tożsame fragmenty zawarte w uzasadnieniu. Izba uznała je za spóźnione, i jako takie niepodlegające rozpatrzeniu na podstawie art. 198 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Zarzuty podnoszone były z uchybieniem 10-dniowego terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Możliwość wniesienia środka ochrony prawnej wobec ponownej czynności zamawiającego istnieje tylko i wyłącznie wtedy, gdy zamawiający dopuścił się nowego, naruszenia przepisów ustawy Pzp, czego Izba nie stwierdziła, skoro zamawiający przeprowadził czynności zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu.

Kolejne badanie i ocena ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej nie przywraca terminu, w którym na wcześniejszym etapie postępowania możliwe było sformułowanie zarzutów wobec czynności i zaniechań zamawiającego. Konsekwencją braku drogi odwoławczej jest natomiast odrzucenie odwołania.

Zaistnienie którejkolwiek z podstaw określonych art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, które są ustalane z urzędu, obliuguje Izbę do odrzucenia odwołania. Zgodnie z art. 189 ust. 3 ustawy

Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym. W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie, o czym orzekła postanowieniem na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. W oparciu o § 3 pkt 1 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, Dz. U. z 2017 r. poz. 47), Izba zaliczyła na poczet kosztów postępowania odwoławczego uiszczoną kwotę wpisu od odwołania.

Na podstawie § 32 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. (Dz. U. z 2014 r., poz. 964, Dz. U. z 2017 r., poz. 14), ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Izby, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:**

.....