

Sygn. akt: KIO 315/18

WYROK
z dnia 13 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Zuzanna Idźkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu **1 i 8 marca 2018 r.** w **Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **20 lutego 2018 r.** przez wykonawcę **A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Oskarbud A. S., ul. Kordeckiego 11, 05-230 Kobyłka** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Terenów Publicznych, ul. Podwale 23, 00-261 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **AG-COMPLEX Sp. z o.o., ul. Płytowa 14, 03-046 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia częściowo odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 14.02.2018 r. (przekazanej 15.02.2018 r.), nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazuje Zamawiającemu ponowne wezwanie (w zakresie dotychczas nie wzywanym) do wyjaśnień wraz z dowodami Przystępującego: **AG-COMPLEX Sp. z o.o., ul. Płytowa 14, 03-046 Warszawa** w trybie art. 90 ust.1 a pkt 1 Prawa zamówień publicznych, w kontekście istotnych części składowych ceny oferty, w zakresie zaoferowanych po aukcji następujących spornych cen jednostkowych w poz. 20, 32, 33, 34, 45, 49, 59, 70 i 72 wykazu prac z cenami jednostkowymi, ujęcia w nich wszystkich kosztów wynikających z opisu sposobu obliczenia ceny oferty oraz warunków technicznych wykonania przedmiotu umowy, a zwłaszcza kosztów zakupu nowych materiałów**

i kosztów dodatkowych, związanych z przedmiotem zamówienia właściwym dla danej ze wskazanych pozycji wykazu prac (pełnym zakresem prac, w tym warunkami technicznymi wykonania przedmiotu umowy i technologią wykonania prac związanych z konserwacją, przeglądami i bieżącymi remontami placów zabaw i obiektów, jak i wykazem placów zabaw i obiektów rekreacyjnych wraz z wyposażeniem), z uwzględnieniem dopuszczenia stosowania zamiennych materiałów równoważnych niż podane w SIWZ i jej załącznikach, jeśli będą one posiadać stosowne atesty i certyfikaty (tak w cz. II „Uwaga” - na str. 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia), zastrzeżeniem, iż naprawy będą wykonywane w taki sposób, by urządzenia po naprawie spełniały obowiązujące normy (PN-EN 1176-7, PN-EN 1177, PN-EN 16630), z uwagi na przywołane w uzasadnieniu okoliczności. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Zarząd Terenów Publicznych, ul. Podwale 23, 00-261 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Oskarbud A. S., ul. Kordeckiego 11, 05-230 Kobyłka** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **Zarządu Terenów Publicznych, ul. Podwale 23, 00-261 Warszawa** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn: „*Konserwacja, przegląd i bieżące remonty placów zabaw i obiektów rekreacyjnych będących w administrowaniu Zarządu Terenów Publicznych w Dzielnicy Śródmieście w Warszawie*”, znak postępowania ZP-32/2017, zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 616316 - N - 2017, data zamieszczenia 16.11.2017 r., przez Zarząd Terenów Publicznych, ul. Podwale 23, 00-261 Warszawa zwany dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 15.02.2018 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej (po aukcji elektronicznej) AG-Complex sp. z o.o., ul. Płytowa 14, 04-046 Warszawa zwana dalej: „*AG-Complex sp. z o.o.*” albo „*Przystępującym*”, co nastąpiło po uprzednim wezwaniu tego Wykonawcy do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nakazanym wyrokiem KIO z 15.01.2018 r., sygn. akt: KIO 2727/17. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert dla zajęła oferta - A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Oskarbud A. S., ul. Kordeckiego 11, 05-230 Kobyłka zwanej dalej: „Oskarbud A. S.” albo „*Odwołującym*”. W tym samym dniu poinformował także, że odtajnił jedynie w części wyjaśnienia AG-Complex sp. z o.o. w zakresie rażąco niskiej ceny (w odpowiedzi na wniosek Oskarbud A. S. o ich odtajnienie w całości).

W dniu 20.02.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Oskarbud A. S. wniósł odwołanie na w/w czynności z 15.02.2018 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 20.02.2018 r. (e-mailem). Zamawiający błędnie uznał wyjaśnienia AG - Complex Sp. z o.o. w zakresie rażąco niskiej ceny za wystarczające i zaniechał odrzucenia jego oferty. Niezależnie od powyższego wadliwość wyboru najkorzystniejszej oferty wynika z zaniechania odrzucenia oferty AG - Complex Sp. z o.o., mimo że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto, Zamawiający wadliwie nie odtajnił części wyjaśnień AG - Complex Sp. z o.o. w zakresie rażąco niskiej ceny, czym utrudnia Odwołującemu wykazanie, że ofertę tego podmiotu skalkulowano nierzetelnie. Wykonawca wybrany nie wykazał, że zastrzeżone przez niego pisma stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa a Zamawiający pomimo tego, nie odtajnił ich. Gdyby Zamawiający dokonał ujawnienia bezzasadnie zastrzeżonych wyjaśnień - Odwołujący poprzez ich weryfikację miałby możliwość zakwestionowania ich prawdziwości oraz rzetelności jak również tego, czy w istocie potwierdzają, że wykonawca, który złożył ofertę - nie zaoferował rażąco niskiej ceny. Możliwość weryfikacji złożonych wyjaśnień

i dowodów w zakresie rażąco niskiej ceny przez Odwołującego, który od wielu lat działa na rynku usług konserwacji placów zabaw - dałaby zarówno Zamawiającemu, jak i Krajowej Izbie Odwoławczej zwanej dalej: „KIO” fachową analizę zarówno w zakresie prawdziwości twierdzeń wykonawcy, jak i rzetelności przedstawianych dowodów. Gdyby Zamawiający prawidłowo przeprowadził proces badania i oceny oferty AG - Complex Sp. z o.o., w szczególności należycie ocenił treść wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, to odrzuciłby jego ofertę. W takiej sytuacji Odwołujący uzyskałby zamówienie, bowiem jego oferta - w świetle ustanowionych w postępowaniu kryteriów oceny ofert - jest najkorzystniejsza spośród wszystkich złożonych ofert. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej: „Pzp” w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty AG - Complex Sp. z o.o., mimo że jego oferta zawiera rażąco niską cenę a ponadto w złożonych wyjaśnieniach nie potwierdził on, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

2. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty AG - Complex Sp. z o.o., mimo że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegający na zaoferowaniu sprzedaży usług poniżej kosztów ich świadczenia;

3. art. 8 ust. 3 Pzp - poprzez zaniechanie odtajnienia części wyjaśnień AG - Complex Sp. z o.o. w zakresie rażąco niskiej ceny, mimo że podmiot ten nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co bezpośrednio wpłynęło na proces wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, bowiem uniemożliwiono Odwołującemu wykazanie nieprawidłowości w kalkulacji ceny oferty AG - Complex Sp. z o.o.;

4. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty AG - Complex Sp. z o.o., mimo że jest ona niezgodna z SIWZ, bowiem z jej treści oraz treści wyjaśnień wynika, że nie uwzględniono wartości materiałów niezbędnych do wykonania poszczególnych pozycji;

5. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia AG - Complex Sp. z o.o., mimo że wprowadził Zamawiającego w błąd poprzez twierdzenia - które są nieprawdziwe i wpłynęły na decyzję Zamawiającego o wyborze oferty AG - Complex Sp. z o.o.;

6. ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty AG - Complex Sp. z o.o.;
2. odtajnienia w pełni wyjaśnień AG - Complex Sp. z o.o. w zakresie rażąco niskiej ceny;
3. odrzucenia oferty AG - Complex Sp. z o.o.;

4. powtórzenia procesu badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;
5. dokonania wyboru oferty Odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, a wartość przedmiotu zamówienia nie przekracza kwoty, o której mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” w pkt 18.3. Zamawiający wskazał, że przeprowadzi aukcję elektroniczną, jeżeli zostaną złożone co najmniej dwie oferty niepodlegające odrzuceniu. Dnia 24.11.2017 r. Zamawiający opublikował informację z otwarcia ofert. W postępowaniu oferty złożyli Odwołujący i AG - Complex Sp. z o.o. Pierwotna wartość ofert złożonych w postępowaniu wynosiła: Odwołujący: 430 225,65 zł; AG - Complex Sp. z o.o.: 864 906,48 zł. W pozostałych kryteriach oceny ofert, tj. „*czas kwartalnych przeglądów*” i „*czas stawienia się na zgłoszenie*” wykonawcy zaoferowali takie same warunki. Jednocześnie dnia 24.11.2017 r. Zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia - 499 080,00 zł. Dnia 18.12.2017 r. Zamawiający zaprosił Odwołującego i AG-Complex Sp. z o.o. do udziału w aukcji elektronicznej. Po jej przeprowadzeniu w dniu 21.12.2017 r. wartość ofert wynosiła: - Odwołujący: 428 225,65 zł; - wykonawca AG - Complex: 339 000,00 zł.

Oznacza to, że AG-Complex Sp. z o.o. obniżył w trakcie aukcji elektronicznej cenę swojej oferty aż o 525 909,48 zł. Obecna cena oferty AG - Complex Sp. z o.o. stanowi ok. 39% ceny pierwotnej jego oferty. Mimo opisanej różnicy Zamawiający nie wezwał AG - Complex Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Dnia 22.12.2017 r. Zamawiający opublikował informacje o wynikach postępowania. Za najkorzystniejszą ofertę uznano ofertę wykonawcy AG - Complex. Dnia 27.12.2017 r. Odwołujący wniósł odwołanie do KIO wobec czynności Zamawiającego z dnia 22.12.2017 r. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu m.in. zaniechanie wezwania AG - Complex Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wyrokiem z 15.01.2018 r. Izba - wobec zaistnienia w postępowaniu okoliczności, o których mowa w art. 90 ust. 1a Pzp - uwzględniła odwołanie, unieważniła wybór najkorzystniejszej oferty z dnia 22.12.2017 r. i nakazała Zamawiającemu wezwanie AG - Complex Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Wykonując wyrok Izby Zamawiający dnia 18.01.2018 r. wezwał AG - Complex Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Dnia 23.01.2018 r. podmiot ten złożył wyjaśnienia, w których zastrzegł częściowo ich treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa i przedstawił uzasadnienie zastrzeżenia. AG - Complex Sp. z o.o. utajnił załącznik do wyjaśnień - „kalkulację szczegółową ceny”. Odwołujący wniósł pismem z 09.02.2018 r. o odtajnienie wyjaśnień AG - Complex Sp. z o.o. w całości. Zamawiający pismem z dnia 14.02.2018 r., doręczonym Odwołującemu mailem dnia 15.02.2018 r. poinformował, że dokona odtajnienia jedynie częściowo. Zamawiający odtajnił: uzasadnienie zastrzeżenia

informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa z 23.01.2018 r. oraz wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z 23.01.2018 r. (częściowo) oraz zał. nr 1, 2, 5 i 7. Zamawiający nie odtajnił załącznika do wyjaśnień - „kalkulacji szczegółowej ceny”.

Przechodząc do uzasadnienia zarzutów odwołania wskazał co następuje:

1. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty AG - Complex Sp. z o.o., mimo że jego oferta zawiera rażąco niską cenę, a ponadto Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach nie potwierdził, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny

a) Różnica między ceną zaoferowaną przez AG - Complex Sp. z o.o. w ofercie „papierowej” (864 906,48 zł) a ceną zaoferowaną w ramach aukcji elektronicznej (339 000,00 zł) wynosi aż 525 909, 48 zł. Obecna cena oferty AG - Complex Sp. z o.o. wynosi zaledwie ok. 39% ceny pierwotnej jego oferty.

b) Wraz z ofertą wykonawcy składali kosztorys - według wzoru stanowiącego załącznik nr 12 do SIWZ - Wykaz prac związanych z konserwacją, przeglądami i bieżącymi remontami placów zabaw i obiektów rekreacyjnych wraz z cenami jednostkowymi”.

Z porównania kosztorysu ofertowego AG - Complex Sp. z o.o. złożonego pierwotnie i kosztorysu ofertowego złożonego przez ten podmiot po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej wynika, że AG - Complex Sp. z o.o. - obniżając cenę z kwoty 864 906,48 zł do kwoty 339 000,00 zł - dokonał całkowicie oderwanego od realiów rynkowych obniżenia poziomu wszystkich wymienionych w kosztorysie cen jednostkowych, za poszczególne usługi, do poziomu 39% ich pierwotnej wartości. Zastosowany przez AG - Complex Sp. z o.o. sposób obniżenia ceny przeciwstawić należy, mającemu rynkowe uzasadnienie, sposobowi polegającemu na obniżeniu ceny całkowitej przez obniżenie cen poszczególnych usług, w przypadkach gdzie jest to w ogóle ekonomicznie uzasadnione.

c) Wskutek takiego zabiegu AG - Complex Sp. z o.o. - doszło do sytuacji, gdzie usługi stanowiące istotny element zamówienia zostały wycenione przez Wykonawcę w kosztorysie ofertowym, który złożył po aukcji elektronicznej, poniżej rzeczywistych kosztów ich świadczenia. Następujące pozycje:

17. Wymiana łożyska huśtawki (np. Muller) - cena jednostkowa w ofercie AG – Complex Sp. z o.o. po aukcji elektronicznej - 157 zł (dalej jako „cena jednostkowa”), wartość zniżenia, tj. różnica ceny po aukcji elektronicznej w stosunku do ceny rzeczywistej: 223 zł (dalej jako „wartość zniżenia”). (cena Oskarbud - 828 zł, cena AG Complex Sp. z o.o. przed aukcją - 400 zł, rzeczywista cena samego łożyska- 380 zł)

20. Wymiana podestu karuzeli - cena jednostkowa - 471 zł, wartość zniżenia: 1 769 zł.

(cena Oskarbud - 2400 zł, cena AG Complex Sp. z o.o. przed aukcją - 1200 zł, rzeczywista cena z oferty dostawcy - ok. 2200 zł)

32. Wymiana lub uzupełnienie kompletu rur osłonowych w urządzeniu zabawowych samochód Willy Jeep Hags - cena jednostkowa - 1570 zł, wartość zaniżenia: 6292,21 zł. (cena Oskarbud - 12000 zł, cena AG Complex Sp. z o.o. przed aukcją - 4000 zł, rzeczywisty koszt zakupu kompletu rur - 7 862,21 zł)
33. Wymiana lub uzupełnienie kompletu siedzisk w urządzeniu zabawowych samochód Willy Jeep Hags - cena jednostkowa - 471 zł, wartość zaniżenia: 394,19 zł. (cena Oskarbud - 1440 zł, cena AG Complex Sp. z o.o. przed aukcją - 1200 zł, rzeczywisty koszt samego zakupu siedziska - 865, 19 zł).
34. Wymiana lub uzupełnienie siedziska Zestaw Toledo przy Dzielnej - cena jednostkowa 392,50 zł, wartość zaniżenia: 439,4 zł. (cena Oskarbud - 1080 zł, cena AG - Complex Sp. z o.o. przed aukcją - 1000 zł, rzeczywista cena z oferty dostawcy - 831,90 zł)
38. Wymiana lub uzupełnienie podestów ze stali nierdzewnej w urządzeniu typu piechur/biegacz (producent Herkules) - cena jednostkowa 235,50 zł, kwota pozostała na inne koszty realizacji świadczenia: 35,50 zł. (cena Oskarbud - 300 zł, cena AG - Complex Sp. z o.o. przed aukcją - 600 zł, rzeczywista cena samych części z oferty dostawcy - 200 zł)
39. Wymiana lub uzupełnienie podestu ze stali nierdzewnej w urządzeniu typu twister (producent Herkules) - cena jednostkowa 235,50 zł, kwota pozostała na inne koszty realizacji świadczenia: 35,50 zł. (cena Oskarbud - 300 zł, cena AG - Complex Sp. z o.o. przed aukcją - 600 zł, rzeczywista cena samych części z oferty dostawcy - 200 zł)
40. Wymiana lub uzupełnienie podestów ze stali nierdzewnej w urządzeniu typu orbitrek (producent Herkules) - cena jednostkowa 235,50 zł, kwota pozostała na inne koszty realizacji świadczenia: 35,50 zł. (cena Oskarbud - 300 zł, cena AG - Complex Sp. z o.o. przed aukcją - 600 zł, rzeczywista cena samych części z oferty dostawcy - 200 zł)
41. Wymiana lub uzupełnienie podestów ze stali nierdzewnej w urządzeniu typu wahadło (producent Herkules) - cena jednostkowa 235,50 zł, kwota pozostała na inne koszty realizacji świadczenia: 35,50 zł. (cena Oskarbud - 300 zł, cena AG - Complex Sp. z o.o. przed aukcją - 600 zł, rzeczywista cena samych części z oferty dostawcy - 200 zł)
42. Wymiana lub uzupełnienie siedziska lub oparcia ze stali nierdzewnej w urządzeniu typu wioślarz (producent Herkules) - cena jednostkowa 235,50 zł, kwota pozostała na inne koszty realizacji świadczenia: 35,50 zł. (cena Oskarbud - 300 zł, cena AG - Complex Sp. z o.o. przed aukcją - 600 zł, rzeczywista cena samych części z oferty dostawcy - 200 zł)
45. Wymiana lub uzupełnienie ramion wraz z łożyskami w zestawie typu orbitrek przy ul. Inflanckiej, ul. Oleandrów, ul. Dubois 4 - cena jednostkowa 282,60 zł, wartość zaniżenia: 517,4 zł. (cena Oskarbud - 1440 zł, cena AG - Complex Sp. z o.o. przed aukcją - 720 zł, rzeczywista cena samych ramion z oferty dostawcy - 800 zł)
49. Wymiana przęśla ogrodzeniowego (Legipol faliste lub niskie lub wysokie) - cena jednostkowa 125,60 zł, wartość zaniżenia: 85,93 zł. (cena Oskarbud - 480 zł, cena AG -

Complex Sp. z o.o. przed aukcją - 320 zł, rzeczywista cena za przęsło z oferty dostawcy - 211,53 zł)

59. Wymiana lub uzupełnienie palisady syntetycznej o przekroju 250 mm i wysokości 600 mm - cena jednostkowa 39,25 zł, wartość zaniżenia: 169,75 zł. (cena Oskarbud - 240 zł, cena AG - Complex Sp. z o.o. przed aukcją - 160 zł, rzeczywista cena za najtańszą palisadę - 209 zł) 70. Uzupełnienie wierzchniej warstwy nawierzchni mineralnej typu tegra lub hanse grand - cena jednostkowa 62,80 zł, wartość zaniżenia: 57,20 zł. (cena Oskarbud - 240 zł, cena AG - Complex Sp. z o.o. przed aukcją - 160 zł, rzeczywista cena za wykonanie nawierzchni -120 zł).

72. Naprawa lub uzupełnienie syntetycznych krawężników np. plac zabaw ul. Cicha - cena jednostkowa - 78,50 zł, wartość zaniżenia 17,50 zł. (cena Oskarbud - 300 zł, cena AG - Complex Sp. z o.o. przed aukcją - 200 zł, rzeczywista cena samego krawężnika z oferty dostawcy - 96,00 zł)

Podkreślił, że wykonawca AG - Complex Sp. z o.o. nie złożył wyjaśnień ani dowodów w powyższym zakresie, tj. co realności przyjętych po aukcji elektronicznej stawek.

d) Wskutek powyższej sytuacji - należy wskazać, że doszło do sytuacji, gdzie istotna część składowa ceny - zarówno w kontekście merytorycznym (tj. ilości i znaczenia bezzasadnie obniżonych pozycji) jak również w kontekście cenowym (wartość samych materiałów wynosi powyżej 20 000 zł) - nie została uwzględniona przez Wykonawcę, Wykonawca nie wyjaśnił tych elementów i jego oferta powinna podlegać odrzuceniu.

e) W konsekwencji - oferta powinna podlegać odrzuceniu zarówno w związku z tym, że zaniżono szereg cen w ww. pozycjach ale przede wszystkim dlatego, że Wykonawca w wyjaśnieniach, które złożył - nie wyjaśnił ich należyście ani nie złożył dowodów na okoliczność prawidłowości tych cen we wskazywanych powyżej pozycjach. Podkreślił, że zarówno brak wyjaśnienia tego istotnego elementu ceny - niezależnie od tego, że został on bardzo zaniżony - powoduje konieczność odrzucenia oferty AG Complex Sp. z o.o.

2. Zarzut naruszenia art 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty AG - Complex Sp. z o.o., mimo że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegający na zaoferowaniu sprzedaży usług poniżej kosztów ich świadczenia

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. Nr 153, poz. 1503) czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Wskazał, że AG - Complex Sp. z o.o. umyślnie zaniżył oferowaną przez siebie cenę w toku aukcji, do poziomu poniżej

rentowności. Podnieść należy, że ostateczna cena oferty AG - Complex Sp. z o.o. (339 000,00 zł) była dużo niższa od szacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia (499 080,00) oraz ostatecznej wartości oferty Odwołującego (428 225,65 zł). Jednocześnie z kosztorysu ofertowego AG - Complex Sp. z o.o. wynika, że zaoferował on ceny zupełnie nierealne, nieuwzględniające rzeczywistych kosztów wykonania tych usług. W tym miejscu należy wskazać na pozycje opisane w zarzucie nr 1 w pkt c. Powyższe okoliczności przemawiają za tym, że zaoferowana w postępowaniu w przez AG - Complex Sp. z o.o. w ramach aukcji elektronicznej cena jest ceną świadczenia usługi poniżej kosztów.

Wskazał, że tego rodzaju sztuczne obniżanie właściwych wartości tylko i wyłącznie po to, aby uzyskać zamówienie może być uznane za niedozwoloną machinerię cenową, polegającą na tym, aby przez całkowicie nieuzasadnione obniżenie pewnych pozycji uzyskać przewagę cenową nad konkurencją. Jednocześnie na skutek zaoferowania przez AG - Complex Sp. z o.o. takiej a nie innej ceny jak również - wskutek takich a nie innych praktyk - doszło do wyłączenia dostępu do rynku dla Odwołującego. Spełnione są zatem przewidziane w art. 15 ust. 1 pkt 1 Uznk warunki do zakwalifikowania działania AG - Complex Sp. z o.o. jako czynu nieuczciwej konkurencji. Biorąc pod uwagę powyższe wskazać należy, że Zamawiający powinien był odrzucić ofertę AG - Complex Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Zaniechanie tej czynności stanowi naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

3. Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp - poprzez zaniechanie odtajnienia części wyjaśnień AG - Complex Sp. z o.o. w zakresie rażąco niskiej ceny, mimo że podmiot ten nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa, co bezpośrednio wpłynęło na proces wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, bowiem uniemożliwiono Odwołującemu wykazanie nieprawidłowości w kalkulacji ceny oferty AG - Complex Sp. z o.o.

W toku postępowania Zamawiający - opierając się na wadliwej argumentacji AG - Complex Sp. z o.o. - uznał, że załącznik do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty „kalkulacja szczegółowa ceny” jest niejawnym i nie zostanie udostępniony Odwołującemu. W konsekwencji Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty bez koniecznego odtajnienia treści dokumentu, który był kluczowy dla oceny rzetelności oferty AG - Complex Sp. z o.o.

Podnieść należy, że okoliczność ta nie pozostaje bez znaczenia dla całego procesu wyboru najkorzystniejszej oferty w toku postępowania. Na skutek zaniechania odtajnienia „kalkulacji szczegółowej ceny” Odwołującemu uniemożliwiono unaocznienie Zamawiającemu nieprawidłowości w kalkulacji ceny oferty przez AG - Complex Sp. z o.o. Tymczasem cena oferty AG - Complex Sp. z o.o. wyliczona została nierzetelnie, bowiem z przyjętych przez ten

podmiot stawek w kosztorysie ofertowym złożonym po aukcji elektronicznej - wynika, że nie jest w ogóle możliwe za takie kwoty wykonanie świadczeń objętych przedmiotem zamówienia. Gdyby Zamawiający odtajnił „kalkulację szczegółową ceny”, to Odwołujący - korzystając ze swojej fachowej wiedzy i doświadczenia w branży - bez trudu wskazałby Zamawiającemu, dlaczego sama „kalkulacja szczegółowa ceny” jak i ogólnie cena oferty AG - Complex Sp. z o.o. - są nierzetelne. Odnosząc się do samego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa należy wskazać, że zaniechanie przez Zamawiającego odtajnienia części wyjaśnień wykonawcy AG - Complex w zakresie rażąco niskiej ceny („kalkulacji szczegółowej ceny”) - przy tak sformułowanym uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa - stoi w sprzeczności z zasadą jawności postępowania wyrażoną w art. 8 ust. 1 Pzp oraz zasadą równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp:

a) Podnieść należy, że treść uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa składa się głównie z ogólników, przytoczenia przepisów prawa i orzecznictwa. W zakresie konkretów AG - Complex Sp. z o.o. podał jedynie, że w ramach realizacji polityk bezpieczeństwa podjął kroki w celu zabezpieczenia informacji przed ujawnieniem, w szczególności zobowiązał swoich:

- pracowników,
 - współpracowników oraz kontrahentów
- do zachowania chronionych informacji w poufności (s. 3 pisma).

Wskazać należy, że twierdzenia AG - Complex Sp. z o.o. nie znajdują potwierdzenia w treści umów o pracę załączonych przez ten podmiot do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Przy czym dostrzec należy, że AG - Complex Sp. z o.o. nie dołączył do wspomnianych wyjaśnień umów przypadkowych, szeregowych pracowników, lecz umowy personelu najprawdopodobniej kluczowego dla realizacji przedsięwzięcia, który posiada wiedzę o stosowanych przez swojego pracodawcę stawkach:

- zastępcy dyrektora ds. budowy terenów zielonych,
- kierownika robót,
- kierownika działu czy
- specjalisty ds. administracyjno - biurowych,

Próżno szukać w treści tychże umów klauzul poufności czy innych zastrzeżeń, co do nieujawniania informacji. AG - Complex Sp. z o.o. nie załączył do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa innych umów z pracownikami, w których takie klauzule by się znajdowały.

b) AG - Complex Sp. z o.o. podał, że podjął kroki w celu zobowiązania współpracowników oraz kontrahentów do zachowania chronionych informacji w poufności. Wykonawca nie przedstawił jednak jakichkolwiek umów ze współpracownikami. Wykonawca nie określił również co rozumie pod pojęciem „kontrahentów”. Przyjąć można, że chodziło mu ogólnie o podmioty z którymi wiąże go stosunki handlowe. Także w tym przypadku AG - Complex Sp. z o.o. nie złożył żadnych dowodów potwierdzających, że zobowiązał w jakikolwiek

sposób swoich kontrahentów do zachowania poufności. Z braku jakichkolwiek umów z kontrahentami załączonych do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, pod uwagę należy wziąć umowy z kontrahentami załączone do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wskazać należy, że umowa nr 96/2017 z dnia 30.03.2017 r. zawarta między AG - Complex Sp. z o.o. a Miastem Stołecznym Warszawą nie zawiera jakichkolwiek klauzul poufności. Identycznie jest w przypadku umów nr 121/2017 z dnia 11.04.2017 r. oraz nr 447/2017 z dnia 12.12.2017 r. zawartych między tym samymi stronami.

c) Dalej w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa AG - Complex Sp. z o.o. podniósł, że przyjął i realizuje własne polityki bezpieczeństwa (s. 4 pisma). Z posłużenia się przez AG - Complex Sp. z o.o. zwrotem „przyjął i realizuje” można wywodzić, że owe polityki bezpieczeństwa zostały zmaterializowane, tj. spisane w formie jakiegoś dokumentu papierowego czy elektronicznego. Tymczasem AG - Complex Sp. z o.o. nie załączył do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa jakiegokolwiek dokumentu stanowiącego politykę bezpieczeństwa. W treści uzasadnienia nie wskazano również żadnych przykładowych zasad bezpieczeństwa wyrażonych w „przyjętych i realizowanych” przez AG - Complex Sp. z o.o. politykach bezpieczeństwa.

d) Następnie AG - Complex Sp. z o.o. wskazał, że dostęp do objętych tajemnicą przedsiębiorstwa informacji ma wyłącznie określona grupa pracowników (s. 4 pisma). Podniósł, że twierdzenie to jest niezwykle ogólne. Nie określono chociażby jaki krąg pracowników ma dostęp do tychże informacji. Wiarygodność twierdzenia AG - Complex Sp. z o.o. podważa również okoliczność, że nawet w umowie z pracownikami wysokiego szczebla - zastępcą dyrektora ds. budowy terenów zielonych, kierownikiem robót, kierownikiem działu czy specjalistą ds. administracyjno - biurowych - nie zawarto klauzul poufności. Uznał zatem, że okoliczności powołane przez AG - Complex Sp. z o.o. w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa są nie tylko całkowicie gołosłowne (niepoparte dowodami), lecz są momentami wręcz sprzeczne z dokumentami złożonymi wraz z wyjaśnieniami w zakresie rażąco niskiej ceny. Wbrew twierdzeniom AG - Complex Sp. z o.o. ze złożonych umów o pracę wynika, że nie stosuje on klauzul poufności (co istotne - nawet z pracownikami wysokiego szczebla). Podobnie z umów z kontrahentami wynika, że AG - Complex Sp. z o.o. nie stosuje w umowach jakichkolwiek postanowień, których celem jest zachowanie danych w tajemnicy. AG - Complex Sp. z o.o. nie wykazał więc, że zastrzeżone przez niego informacje zasługują na objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa.

W orzecznictwie wskazuje się, że zastrzeżenie informacji powinno być poparte przez wykonawcę dowodami, nie może ograniczać się wyłącznie do wspomnienia o podjętych działaniach. Przywołał wyrok KIO z 29.03.2017 r., sygn. akt: KIO 512/17 oraz wyrok KIO z 25.07.2016 r., sygn. akt: KIO 1268/16. Ponadto z orzecznictwa KIO wynika, że w razie braku skutecznego wykazania przez wykonawcę, że dane informacje stanowią tajemnicę

przedsiębiorstwa - powinny być one ujawnione przez Zamawiającego. Przywołał wyrok KIO z dnia 5.15.2015 r.. sygn. akt KIO 907/15. Stwierdził, także, że w orzecznictwie wskazuje się ponadto, iż zasadność dokonania zastrzeżenia powinna być dokonywana na podstawie podanych przez wykonawcę argumentów, a nie samego charakteru zastrzeżonych informacji. Powołał wyrok SO w Łodzi z 29.07.2016 r, sygn. akt: III Ca 548/16. Tym samym uznał, że AG - Complex Sp. z o.o. nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wobec tego, zaniechanie odtajnienia przez Zamawiającego zastrzeżonych wadliwie informacji stanowi nieuprawnione złamanie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i uniemożliwia innym wykonawcom zweryfikowanie prawidłowości konkurencyjnych ofert, a tym samym skuteczne skorzystanie ze środków ochrony.

4. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty AG - Complex, mimo że jest ona niezgodna z SIWZ, bowiem z jej treści oraz treści wyjaśnień wynika, że nie uwzględniono wartości materiałów niezbędnych do wykonania poszczególnych pozycji. Z cen zawartych w kosztorysie ofertowym złożonym przez AG - Complex Sp. z o.o. po aukcji elektronicznej wynika, że oferta tego podmiotu pozostaje w niezgodności z treścią SIWZ. Zamawiający określił w kosztorysie ofertowym świadczenia składające się na przedmiot zamówienia, w tym Zamawiający określił konieczność użycia określonych materiałów. Niezgodność oferty AG - Complex Sp. z o.o. z treścią SIWZ polega na takiej wycenie poszczególnych świadczeń w ramach kosztorysu ofertowego, że nie jest ekonomicznie możliwe ich wykonanie - niejednokrotnie wykonawca zaoferował cenę realizacji usług w taki sposób, że cena ta jest niższa niż cena samych materiałów niezbędnych do jej zrealizowania. Przykładowo:

17. Wymiana łożyska huśtawki (np. Muller):

Ze sposobu określenia tej pozycji wynika, że obejmuje ona koszt usługi wymiany łożyska oraz koszt zakupu samego łożyska. Rynkowa cena łożyska wynosi 380 zł, tymczasem AG - Complex Sp. z o.o. podał w tej pozycji cenę 157,00 zł. Nie jest możliwe by wykonawca uwzględnił w cenie pozycji koszt niezbędnego materiału.

32. Wymiana lub uzupełnienie kompletu rur osłonowych w urządzeniu zabawowych samochód Willy Jeep Hags:

Ze sposobu określenia tej pozycji wynika, że obejmuje ona koszt wymiany lub uzupełnienia rur osłonowych oraz koszt zakupu samych rur. Rynkowa cena rur wynosi 7862,21 zł, tymczasem AG - Complex Sp. z o.o. podał w tej pozycji cenę 1570,00 zł. Nie jest możliwe by wykonawca uwzględnił w cenie pozycji koszt niezbędnego materiału.

33. Wymiana lub uzupełnienie kompletu siedzisk w urządzeniu zabawowych samochód Willy Jeep Hags: Ze sposobu określenia tej pozycji wynika, że obejmuje ona koszt wymiany lub uzupełnienia siedzisk oraz koszt zakupu samych siedzisk. Rynkowa cena siedzisk wynosi

865,19 zł, tymczasem AG - Complex Sp. z o.o. podał w tej pozycji cenę 471 zł. Nie jest możliwe by wykonawca uwzględnił w cenie pozycji koszt niezbędnego materiału. Wskazał, że identyczna zależność dotyczy jeszcze wielu innych pozycji w kosztorysie ofertowym złożonym przez AG - Complex Sp. z o.o. (poz. nr 34, 45, 49,59, 70 i 72).

5. Zarzut naruszenia art 24 ust. 1 pkt 17 Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia AG - Complex Sp. z o.o., mimo że wprowadził Zamawiającego w błąd poprzez twierdzenia w zakresie uwzględnienia cen materiałów - które są nieprawdziwe i wpłynęły na decyzję Zamawiającego o wyborze oferty AG - Complex Sp. z o.o.

Wskazał, że w części jawniej wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny AG - Complex Sp. z o.o. nie odniósł się do cen materiałów. W związku z tym, że materiały były kluczowym czynnikiem cenotwórczym w niniejszym postępowaniu a Zamawiający uwzględnił wyjaśnienia wykonawcy - uznać należy, że AG - Complex Sp. z o.o. musiał odnieść się do cen materiałów w części niejawniej wyjaśnień. Podniósł, że wyjaśnienia AG - Complex Sp. z o.o. w zakresie rażąco niskiej ceny przekonały Zamawiającego, tj. spowodowały, że nie odrzucił on oferty tego podmiotu. Informacje podane w wyjaśnieniach miały więc niewątpliwie wpływ na decyzję Zamawiającego podjęta w toku postępowania.

Tymczasem informacje podane przez AG - Complex Sp. z o.o. w zakresie cen materiałów były nieprawdziwe. Jak wcześniej wykazano - AG - Complex Sp. z o.o. nie uwzględnił w cenie poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego cen materiałów koniecznych do zrealizowania świadczeń - niejednokrotnie wykonawca zaoferował cenę realizacji usług w taki sposób, że cena ta jest niższa niż cena samych materiałów niezbędnych do jej zrealizowania. Dotyczy to w szczególności poz. nr 17, 32-34, 45, 49,59, 70 i 72 kosztorysu ofertowego. Z tego względu uznać należy, że AG - Complex Sp. z o.o.: - poprzez podanie Zamawiającemu nieprawdziwych informacji w zakresie uwzględnienia cen materiałów; - wpłynął na decyzję Zamawiającego o niewykluczeniu go z postępowania. W takich okolicznościach Zamawiający powinien był wykluczyć AG - Complex Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Reasumując - AG - Complex Sp. z o.o. nie wycenił materiałów. W konsekwencji - jego zarówno jego oferta nie odpowiada wymaganiom SIWZ, jak również zawiera rażąco niską cenę. Przyjęcie tej oferty oraz próba realizacji na jej podstawie zamówienia byłoby przykładem rażącego naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający w dniu 22.02.2018 r. (e-mailem) wraz kopia odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 23.02.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) AG-COMPEX Sp. z o.o., zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc

o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 28.02.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której oddała w całości odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu. Odnosnie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny oferty AG-Complex Sp. z o. o. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, AG-Complex Sp. z o.o. w złożonych wyjaśnieniach w sposób wystarczający potwierdził, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia te są spójne, logiczne i należyście udokumentowane. AG-Complex Sp. z o.o. wskazał na szereg okoliczności natury ogólnej (bardzo dobra znajomość specyfiki zamówienia, bliskość położenia bazy materiałowo-sprzętowej, posiadanie własnego, wydajnego sprzętu oraz wysoko wykwalifikowanych pracowników, ograniczenie kosztów pośrednich), jak też przedstawił szczegółową kalkulację cen opartą na rzeczywistych i realnych kosztach. Cena zaoferowana przez AG-Complex sp. z o.o. jest również zbliżona do ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę realizującego analogiczne zamówienie w latach 2015-2017, tj. 332.719,92 zł oraz do ceny osiągniętej przy innych tego typu przetargach. Powyższe pozwala uznać, że zaoferowana cena nie odbiega od warunków rynkowych, jest realna i umożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia przy osiągnięciu zakładanego zysku. Lista pozycji wskazana przez Odwołującego na str. 5-7 odwołania mająca wykazać, że AG-Complex Sp. z o.o. zaniżył wartość materiałów do wykonania zamówienia, aczkolwiek może robić wrażenie pod względem ilościowym, to w istocie jest oparta na gołosłownych twierdzeniach, bowiem:

- po pierwsze Odwołujący nie przedstawia żadnego dowodu na okoliczność podanej przez siebie ceny danego materiału, a po drugie,
- cena materiału w przypadku danego wykonawcy może zależeć od wielu czynników; np. terminu zakupu (posiadania na magazynie), ilości zakupu (ilości hurtowej), miejsca zakupu (cen stosowanych przez poszczególnych producentów) i innych.

Ponadto wartość materiałów - jak przyznał Odwołujący - wynosi około 20 tys. zł i jako jeden z wielu składników kalkulacji w niewielkim stopniu wpływa na wysokość zaoferowanej ceny.

Odnosnie zarzutu, że złożenie oferty przez AG-Complex Sp. z o.o. stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący zarzucił, że AG-Complex Sp. z o.o. zaniżyła oferowaną w toku aukcji cenę do poziomu poniżej rentowności, a tym samym doszło do wyłączenia dostępu do rynku dla Odwołującego, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Odwołującego do takiego wniosku skłania porównanie cen zaoferowanych przez wykonawców oraz szacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia oraz przyjęcie do kalkulacji zaniżonych cen materiałów. Powyższy zarzut Odwołującego nie wnosi nic nowego

i w zakresie argumentacji powtarza wcześniejsze nieudowodnione twierdzenia. Toteż Zamawiający zmuszony jest również odwołać się do wywodów, jak powyżej i w konsekwencji wskazać, że skoro zaoferowana przez AG-Complex Sp. z o.o. realna cena pozwala prawidłowo wykonać przedmiot zamówienia, to nie dochodzi do sprzedaży usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Odnosnie zarzutu zaniechania odtajnienia części wyjaśnień AG-Complex Sp. z o. o. w zakresie rażąco niskiej ceny. AG-Complex Sp. z o.o. zastrzegł, że wszystkie informacje zawarte w wyjaśnieniach dotyczące rażąco niskiej ceny wraz z załączonymi dokumentami, a w szczególności kalkulacja szczegółowej ceny, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie mogą zostać udostępnione innym wykonawcom. Podniósł, że Zamawiający w sposób rzetelny, wnikliwy i działając z najwyższą starannością przeprowadził analizę i ocenił uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa AG-Complex Sp. z o.o. w zakresie rażąco niskiej ceny oferty i złożone dokumenty. W tego Zamawiający realizując zasady transparentności, uczciwej konkurencji i równego traktowania oraz proporcjonalności, w znacznej części odtajnił wyjaśnienia wraz z dokumentami uznając iż nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa, w pozostałej części podzielił stanowisko AG-Complex Sp. z o.o. nie udostępniając danych dotyczących zakładanego zysku i organizacyjnych (w treści wyjaśnień), danych, kwalifikacji i wynagrodzenia personelu wykonawcy (zał. 3 i 4 do wyjaśnień) oraz szczegółowej kalkulacji ceny (zał. nr 6 do wyjaśnień). W ocenie Zamawiającego zastrzeżone w tej części informacje mają charakter handlowy i organizacyjny, posiadają wartość gospodarczą, odnoszą się do zasobów kadrowych i kalkulacji ceny (zawierają stawki, operują konkretnymi danymi), wskazują kosztów i zysku oraz stawki wynagrodzeń pracowników. Uznać także należało uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa za przekonujące. Zdaniem Zamawiającego AG-Complex Sp. z o.o. wykazał, że wobec zastrzeżonych informacji podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, jak też że nie zostały one ujawnione do wiadomości publicznej, a więc że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy.

Odnosnie zarzutu niezgodności oferty AG-Complex Sp. z o. o. z treścią SIWZ poprzez zaniżenie cen materiałów. Odwołujący uzasadniając te zarzuty ponownie poza ogólnikami nie przedstawił dowodu, że dany materiał powinien mieć wskazaną przez niego cenę i że jest to cena rynkowa. Wobec tego brak jest podstaw do przyjęcia, że ceny materiałów podane przez AG-Complex Sp. z o.o. nie są realne i nie jest możliwa realizacja zamówienia w tej części. Niezależnie od powyższego podkreślić należy, iż zaoferowana cena nie odbiega w sposób rażąco niski od oferty Odwołującego i szacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia, co pozwala przyjąć należyte jego wykonanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szanse na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z całej dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym z treści postanowień SIWZ, a zwłaszcza wykazu prac /zał. nr 12 do SIWZ (zał. nr 1 do umowy)/, warunków technicznych wykonania przedmiotu umowy /zał. nr 9 do SIWZ (zał. nr 2 do umowy)/, technologii wykonania prac związanych z konserwacją, przeglądami i bieżącymi remontami placów zabaw i obiektów /zał. nr 10 do SIWZ (zał. nr 3 do umowy)/, wykazem placów zabaw i obiektów rekreacyjnych wraz z wyposażeniem /zał. nr 11 do SIWZ/ zał. nr 4 do umowy/, jak i wzorem umowy (zał. nr 8 do SIWZ). Nadto, wezwania z 18.01.2018 r., wyjaśnień Przystępującego z 23.01.2018 r. wraz z załącznikami (referencjami i umowami, mapa położenia terenu bazy w stosunku do terenu prac, ZUS DRA za 12/2017 r., dokumentami potwierdzającymi kwalifikacje pracowników, którzy będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, jako kadra zarządzająca i sprawująca nadzór, zaświadczenia potwierdzające Kompendium wiedzy z wymogów Normy PN-EN 1176:2009 dla placów zabaw, informacji o wyniku postępowania z 06.02.2015 r., szczegółowej kalkulacji cen w formie tabelarycznej, kopii zanonimizowanych umów o prace pracowników dedykowanych do realizacji zamówienia). Dodatkowo uzasadnienia zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa w zakresie złożonych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, wniosku o odtajnienie złożonego przez Odwołującego z 01.02.2018 r. /02.02.2018 r./, wniosku o ponowna weryfikację dokonanego zastrzeżenia z 06.02.2018 r., podtrzymania zastrzeżenia pismem z 09.02.2018 r. /ponowne uzasadnienie zastrzeżenia względem wyjaśnień z 23.01.2018 r./, jak i z częściowego odtajnienia /pismo z 14.02.2018 r./ przez Zamawiającego wyjaśnień z 23.01.2018 r. tzn. części załączników oraz większości fragmentów tekstu wyjaśnień, jak i pierwotnego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Do dowodów zaliczono również - kalkulacje z 20.02.2018 r. dołączone przez Odwołującego do odwołania, jak i wykaz prac wraz z cenami jednostkowymi złożony

po aukcji przez Przystępującego (z pismem z 29.12.2017 r.) oraz informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej (po aukcji elektronicznej) z 15.02.2018 r.

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie w dniu 01.03.2018 r. przez Odwołującego:

- 1) wydruki z technologii wykonania prac, z warunków technicznych realizacji umowy, jak również ostatnią stroną SIWZ ze spisem załączników (zał. 9, 10 i str. 22 SIWZ). Nadto, wyciąg z wzoru umowy (§ od 2 do 5);
- 2) wykaz z cenami jednostkowymi Przystępującego, w porównaniu z cenami jednostkowymi Odwołującego na kanwie załącznika nr 12 (wykazu prac z cenami jednostkowymi zgodnie ze spisem załączników złożonym przez odwołującego);
- 3) oferty producentów poszczególnych materiałów, które należało wymienić w ramach przedmiotu zamówienia. W pierwszej kolejności ofertę cenową producenta „Herkules”, odnośnie poz. od 38 do 42. Następnie ofertę „Rico” odnośnie poz. 49. Oferta firmy „Play Planet” poz. 20, 32, 33, 34. Dodatkowo ofertę firmy „Play Time” i to dotyczy poz. 59 i 72;
- 4) oświadczenie firmy „Play Planet” z 28.02.2018 r., co do tego, jakie urządzenia zostały przez Przystępującego nabyte u tego producenta w latach 2015-2017;
- 5) oświadczenie p. D. M. z 28.02.2018 r., co do ceny, jaką zaoferował w postępowaniu w 2014 r. Ze złożonego oświadczenia wynika, że cena z 2014 roku jest w chwili obecnej nieaktualna;
- 6) notatkę służbową Zamawiającego z 21.12.2017 r. i 01.02.2018 r.

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie w dniu 08.03.2018 r. przez Odwołującego:

- 1) dokumentację fotograficzną placów zabaw objętych przedmiotem zamówienia wykonaną we własnym zakresie – stan na dzień 07.03.2018 r.;
- 2) oświadczenia firmy Play Planet;
- 3) te same oferty co na poprzedniej rozprawie podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji z jednoczesnymi oświadczeniami, że dotyczą te ceny okresu 3 miesięcy od widniejącej daty - w odpowiedzi na wątpliwości zamawiającego względem dat na ofertach, które złożył na poprzednich rozprawie i podpisów oraz jej braków;
- 4) ofertę firmy MFL z siedzibą w Czechach, jako zestawienie z ofertą cenową, która została załączona do pisma przystępującego i miała charakter jawny.

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Przystępującego wraz z jego odpowiedzią na odwołanie – pismem z 28.02.2018 r. – złożone na rozprawie 01.03.2018 r. – wszystkie dołączone załączniki.

Dodatkowo, Izba formalnie przyjęła w poczet materiału dowodowego złożone wraz z pismem w toku postępowania (tj. pismem z 06.03.2018 r.) przez Przystępującego – przed rozprawą 08.03.2018 r. – wszystkie dołączone załączniki:

- 1) wzór umowy zawierany z pracownikami (do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa znajdującego się w piśmie z 06.03.2018 r.)
- 2) dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa:
 - a) tabela sporządzona przez AG-Complex Sp. z o.o. zawierająca ceny jednostkowe zakupu materiałów wraz z odesłaniem do ofert lub faktur w ilości 2 stron
 - b) oferty i faktury potwierdzające wskazane w tabeli ceny jednostkowe w ilości 20 stron
- 3) dokumenty nie stanowiące tajemnicy:
 - a) cennik bezpiecznych gumowych nawierzchni do poz. 72 tabeli;
 - b) FV 2017-02-013378 do poz. 60;
 - c) FV nr 26296/8099/2017 do poz. 7 tabeli.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie Zamawiającego, jak i odpowiedź na odwołanie Przystępującego, pismo Odwołującego z 01.03.2018 r., pismo procesowe Zamawiającego z 07.03.2018 r., pismo w toku postępowania z 06.03.2018 r. Przystępującego, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Odwołujący sformułowała w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty AG - Complex Sp. z o.o., mimo że jego oferta zawiera rażąco niską cenę a ponadto w złożonych wyjaśnieniach nie potwierdził on, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty AG - Complex Sp. z o.o., mimo że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegający na zaoferowaniu sprzedaży usług poniżej kosztów ich świadczenia;
3. art. 8 ust. 3 Pzp - poprzez zaniechanie odtajnienia części wyjaśnień AG - Complex Sp. z o.o. w zakresie rażąco niskiej ceny, mimo że podmiot ten nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co bezpośrednio wpłynęło na proces wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, bowiem uniemożliwiono

Odwołującemu wykazanie nieprawidłowości w kalkulacji ceny oferty AG - Complex Sp. z o.o.;

4. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty AG - Complex Sp. z o.o., mimo że jest ona niezgodna z SIWZ, bowiem z jej treści oraz treści wyjaśnień wynika, że nie uwzględniono wartości materiałów niezbędnych do wykonania poszczególnych pozycji;

5. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia AG - Complex Sp. z o.o., mimo że wprowadził Zamawiającego w błąd poprzez twierdzenia - które są nieprawdziwe i wpłynęły na decyzję Zamawiającego o wyborze oferty AG - Complex Sp. z o.o.;

6. ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego oraz odpowiedzi na odwołanie złożonej także przez Przystępującego. Uznając, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności zaoferowania przez Przystępującego ceny ofertowej na określonym poziomie, a dokładniej określonych cen jednostkowych, co jednak nie było przedmiotem wezwania do wyjaśnień, jak i samych wyjaśnień, jako takich. Sporne było także, czy zasadnie Zamawiający utrzymał tajemnice przedsiębiorstwa w odniesieniu do szczegółowej kalkulacji, jak i pewnych fragmentów tekstu samych wyjaśnień, w kontekście uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstw, jakim pierwotnie dysponował. Odnosząc się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu pierwszego, Izba uznała niniejszy zarzut częściowo zasadny, co skutkowało uwzględnieniem całego odwołania.

Należy podnieść, że uwzględnienie ma charakter częściowy z uwagi na konieczność nakazanego w sentencji - wezwania w zakresie nie wzywanym dotychczas. Izba podkreśla za wyrokiem KIO z 06.08.2015 r., sygn. akt: KIO 140/15, KIO 1577/15, KIO 1584/15: „(...) *Nie ma też przeszkód, by zamawiający prowadził wyjaśnienia wieloetapowo, aż do uzyskania odpowiedzi na wszystkie pytania i wątpliwości (oczywiście poza przypadkiem opisanym w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdy wykonawca nie współpracuje i nie udziela wyjaśnień)*”. Podczas rozprawy pojawiły się dowody, które dotyczyły kwestii, które nie były przedmiotem wyjaśnień ze strony Przystępującego. Na powyższą okoliczność wskazywał w sposób wyraźny w swojej odpowiedzi na odwołanie z 28.02.2018 r. Przystępujący - złożonej na rozprawie 01.03.2018 r. Ich brak wynikał z tego,

iż wezwanie miało charakter ogólny. Rozprawa dotyczyła kwestii innego rodzaju niż te które zostały zawarte w wyjaśnieniach i złożonej szczegółowej kalkulacji, tj. dotyczyła de facto cen materiałów.

Należy również podnieść, że: „(...) dopiero ostatnia nowelizacja wprowadziła wprost, że „jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe” możliwość badania – istotnych części składowych zaofferowanej ceny w kontekście ceny rażąco niskiej. (...)” (za wyrokiem KIO z 24.08.2016 r., sygn. akt: KIO 1463/16).

Izba podkreśla za orzecznictwem możliwość ponownego wzywania, w tym wypadku w zakresie dotychczas nie wzywanych. Przywołując w tej materii wyrok KIO z 19.12.2017 r., sygn. akt: KIO 2586/17: „Wezwanie takie byłoby możliwe w sytuacji, gdyby wykonawca złożył rzetelne i wyczerpujące wyjaśnienia, odpowiadające wystosowanemu wezwaniu, a koniecznym byłoby wyjaśnienie kwestii, o które Zamawiający nie zapytał.”. Tak też miało miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym.

Należy także zwrócić uwagę, iż okolicznością nie pozostają bez wpływu na stanowisko Izby w tym zakresie był charakter wykazu prac i cen jednostkowych, który jest niczym innym jak de facto cennikiem na okres 3 - letni. W efekcie tak naprawdę każda pozycja i wynikająca z niej cena jednostkowa może być istotną częścią składową ceny oferty. Zgodnie z § 5 ust. 4 zdanie 2 wzoru umowy - ostateczna wysokość wynagrodzenia zostanie określona na podstawie faktycznego wykonanego zakresu prac przy wykorzystaniu cen jednostkowych, określonych i wskazanych w kosztorysie ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do umowy, przy czym nie będzie mogła ona przekroczyć kwoty określonej w ust. 1, czyli kosztorysowego wynagrodzenia umownego brutto do łącznej kwoty, tamże wskazanej. Natomiast, w załączniku nr 9 do SIWZ (nr 2 do umowy) - druga - uwagą „u dołu”, zdanie drugie - wskazano, że przedstawione ilości w wykazie poszczególnych prac są wielkościami orientacyjnymi, niezbędnymi jedynie do ustalenia wartości całego zamówienia. W związku z powyższym rzeczywista ilość prac wynikać będzie z faktycznych potrzeb ustalanych każdorazowo w protokołach wprowadzenia w ramach środków zaangażowanych w umowie. Co istotne w wykazie prac, stanowiącym załącznik nr 12 do SIWZ (nr 1 do umowy), daną pozycję materiałową w zależności od pozycji ujęto łącznie z usługą jej wymiany lub uzupełnienia.

Jednocześnie, Izba zwraca uwagę na zastrzeżenie w załączniku nr 9 do SIWZ (nr 2 do umowy) – pierwsza – uwaga „u dołu” – ceny jednostkowe ww. prac obejmują wszelkie koszty: w tym koszty zakupu materiałów potrzebnych do remontu i konserwacji elementów wyposażenia placów zabaw, robocizny (w tym wszelkie koszty, m.in. dowozu, transportu, załadunku, selekcji, montaż, demontaż elementów itp.) i sprzętu. Inaczej mówiąc powyższe

postanowienie określa jednoznacznie co winno zawierać się w cenie jednostkowej, a zwłaszcza są istotne w kontekście cen materiałów. Podobnie w Cz. IV SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny – pkt 14.2.3 – cena jednostkowa każdej pozycji wykazu prac wraz z cenami jednostkowymi musi obejmować koszty bezpośredniej robocizny, materiałów, zakupu, pracy sprzętu i transportu technologicznego oraz koszty pośrednie i zysk oraz inne wymagane przepisami – pkt 14. 3 – podane ceny powinny uwzględniać pełen zakres prac określonych w szczegółowym opisie zamówienia i wzorze umowy. – pkt 14. 4 – Ceny podane przez Wykonawcę ustalane są na cały okres obowiązywania umowy i nie podlegają zmianie. Podana w formularzu ofertowym wartość brutto całości zamówienia służyć będzie tylko do porównania ofert. Rozliczenie z wykonawcą odbywać się będzie na podstawie zapisów zawartych w umowie.

Nadto, Izba zwraca uwagę na brak definicji pojęcia „nowego elementu” - druga - uwagą „u dołu”, zdanie pierwsze - w załączniku nr 9 do SIWZ (nr 2 do umowy) – Zakup i wymiana uszkodzonego elementu urządzenia obejmuje zakup nowego elementu, wymianę i wywiezienie oraz utylizację zniszczonej części. Poza tym, postępowanie dotyczy asortymentu na okres 3 letni i do tego urządzeń, które muszą spełniać określone normy (pkt 9 – załącznika nr 9 /nr 2 do umowy/ - Wszelkie naprawy muszą być wykonane w taki sposób, by urządzenie po naprawie spełniały obowiązujące normy /PN-EN 1176-7, PN-EN 1177, PN-EN 16630/), a zamiennik, czyli stosowanie zamiennych materiałów równoważnych niż podane w SIWZ i jej załącznikach muszą posiadać stosowne atesty i certyfikaty (Cz. II – str. 3 SIWZ). Nie jest więc do końca tak, że przy wymianie i uzupełnieniu zużytych, zepsutych elementów urządzeń zabawkowych, ogrodzeń, wyposażenia należy przyjąć elementy kierując się jedynie pojemnością, kształtem, wyglądem, stanowiące odpowiedniki obecnie istniejące /pkt. 1.2 – załącznika nr 10 do SIWZ (nr 3 do umowy)/.

Jednocześnie, Izba podkreśla, że przecież chodzi o urządzenia, które są użytkowane przez osoby nieletnie, co dodatkowo zmusza do rozwagi. Kwestia odpowiedzialności wykonawcy i obowiązek posiadania polisy OC, co jest określone w § 6 i 10 wzoru umowy, są ważne, ale nie mogą być podstawą do uznania, iż usuwają wszelkie wątpliwości w tym zakresie. Ewentualne oszczędności Zamawiającego nie mogą mieć miejsca kosztem życia i zdrowia użytkowników placów zabaw.

Nie bez znaczenia były też wyjaśnienia Przystępującego z rozprawy, który negował konieczność każdorazowego założenia maksymalnego ryzyka związanego z całkowitą wymianą danego materiału. Pozostaje także kwestia możliwości zakupu określonych produktów od podmiotów, które nie są ich producentami, czy też przedstawicielami na Polskę. Nadto, Przystępujący z jednej strony stwierdzał, że skoro w danej pozycji w ogóle nie był przywołany dany produkt z nazwy producenta, to nie musiał takiego rodzaju produkt

zaoferować, czyli wystarczał zamiennik, z drugiej stwierdzał generalnie, że skoro chodzi o asortyment, w zakresie którego okres gwarancyjny upłynął, charakter pogwarancyjny, to w ogóle nie musiał kupować materiały o producenta lub jego przedstawiciela. Powyższe należy rozpatrywać w kontekście dopuszczonych zamienników, co jednakże zostało obwarowane wymogiem atestów i certyfikatów. Całokształt okoliczności, w tym także przytoczonych powyżej spowodował konieczność dopytania, gdyż niektóre z nich budzą daleko idące wątpliwości, nawet przy założeniu odpowiedzialności wykonawcy co przewiduje § 6 wzoru umowy.

Złożone dotychczasowe przez Przystępującego wyjaśnienia w postępowaniu są wystarczające (wskazał na szereg okoliczności natury ogólnej - bardzo dobra znajomość specyfiki zamówienia, bliskość położenia bazy materiałowo-sprzętowej, posiadanie własnego, wydajnego sprzętu oraz wysoko wykwalifikowanych pracowników, ograniczenie kosztów pośrednich), ale w kontekście wezwania z 18.01.2018 r. i były poparte dowodami (m.in. szczegółową kalkulacją, ale także innymi na poparcie przywołanych okoliczności ogólnych) i odnosiły się do wielu kosztów (koszty robocizny, sprzętu, koszty pośrednie – ich udziały procentowe dla całości zakresu prac), w ramach szczegółowej kalkulacji cen w formie tabelarycznej, ale koszty związane z zakupem materiałów były tylko w nich sygnalizowane – wobec braku wyraźnego wezwania w tym zakresie. Izba przypomina za orzecznictwem, że tego rodzaju kalkulacja, jak złożona - ma charakter dowodu wewnętrznego, który ma charakter wystarczający, gdy na cenę składają się przed wszystkim elementy, o których wartości decyduje głównie Wykonawca (za wyrokiem KIO z 17.07.2015 r., sygn. akt: KIO 1410/15, czy też wyrok KIO 05.05.2016 r., sygn. akt: KIO 598/16). W tym wypadku niewątpliwie, elementem kosztotwórczym jest cena zakupu materiału, jednakże nie było w tym zakresie wyraźnego wezwania.

Sam Przystępujący stwierdził w swojej odpowiedzi na odwołanie, że podał konkretny udział procentowy materiałów w realizacji zamówienia i że na tych wyliczeniach opierał swoją wycenę i planowany budżet do realizacji i zakupu materiałów. Podano tam także szczegółowy zakres zbiorczy kosztów materiałów i utylizacji. Wobec braku pierwotnego wezwania w tym zakresie, jak i wobec sformułowania określonych wątpliwości w odwołaniu, Izba nakazała wezwanie w zakresie tych pozycji, które w ocenie Izby są sporne - poz. 20, 32, 33, 34, 45, 49, 59, 70 i 72 wykazu prac z cenami jednostkowymi.

Jednocześnie, Izba uznała, że w zakresie poz. 17 Odwołujący nie przedstawił żadnych wiarygodnych dowodów na potwierdzenie swojego stanowiska zawartego w odwołaniu. Odnośnie poz. 38-42, stanowisko Odwołującego jest niespójne i wewnętrznie sprzeczne, gdyż z odwołania, jak i z zestawienia złożonego na rozprawie 01.03.2018 r. wynika, że cena jednostkowa zaoferowana przez Przystępującego 235 PLN ma charakter

rynkowy, gdyż, za cenę zakupu uznaje tak w odwołaniu, jak i zestawieniu cenę 200 PLN. Złożony dowód względem tych pozycji jest niespójny z odwołaniem, jak i złożonym zestawieniem (tak zestawienie, jak i dowód – tego samego dnia – 01.03.2018 r.). Nadto, Izba podzieliła stanowisko, że w zakresie poz. 42 brak było dowody dla „siedziska”. W zakresie pozycji, które trzeba wyjaśnić, Izba nie przeczy, że zostały złożone określone dowody przez Przystępującego – przed drugą rozprawą – z pismem w toku postępowania, a nawet zestawienie udziału kosztów zakupu materiałów w danej pozycji jednostkowej, z odwołaniem do danego załączonego rachunku, czy oferty. Jednakże, Izba nie zamierza ich analizować, oceniać wiarygodności w kontekście argumentacji Przystępującego z rozprawy, stanu na termin składania ofert, który miał miejsce w grudniu 2017 r. i rozstrzygać, gdyż dotyczą kwestii które nie były objęte zakresem czynności Zamawiającego, która stała się podstawą zaskarżenia przez Odwołującego.

Izba stwierdza bowiem, że zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp wydając wyrok bierze pod uwagę "stan rzeczy ustalony w toku postępowania". Zaś sformułowanie "w toku postępowania" odnosi się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższego nie zmienia przepis art. 190 ust. 1 zd 2 Pzp, zgodnie z którym strony mogą przedstawiać dowody na poparcie swych twierdzeń do zamknięcia rozprawy. Oznacza to jedynie tyle, że wprowadzone dowody strony mogą składać aż do zamknięcia rozprawy, jednakże mogą one dotyczyć tylko takiego stanu rzeczy, który został ustalony w toku postępowania. W ww. zakresie podzielono w pełni stanowisko przedstawione w wyroku SO w Poznaniu z 08.01.2014 r., sygn. akt: X Ga 652/13. Jednocześnie podkreślić należy, że przyjęcie przeciwnego poglądu oznaczałoby de facto, że ocena oferty Przystępującego – w zakresie dotychczas nie wzywanym - dokonana zostałaby, po raz pierwszy dopiero przez Izbę.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu drugiego, Izba uznała go za niezasadny.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego z jego pisma procesowego z 07.03.2018 r. - Kwestia powyższa była już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego Odwołującego (wyrok z 19.01.2018 r., sygn. akt: KIO 2727/17). Inaczej mówiąc zarzut jest wysoce ogólny (str. 8 odwołania) i oparty na argumentacji z poprzedniej rozprawy zakończonej wydaniem przywołanego orzeczenia (str. 7-8 uzasadnienia).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu trzeciego, Izba uznała że w przedmiotowym stanie faktycznym miało miejsce naruszenie, jednakże z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp, podlega on oddaleniu.

Po pierwsze, Izba brała pod uwagę jedynie pierwsze uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z 23.01.2018 r. w zakresie złożonych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Izba uznaje generalnie niedopuszczalność dopytywania w tym zakresie, co miało miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym – 06.02.2018 r. z uwagi na jednorazowy charakter takiego uzasadnienia, co wywodzi z przepisu (art. 8 ust. 3 Pzp), który na zasadzie analogii ma zastosowanie do tego rodzaju wyjaśnień – za orzecnictwem. Jednocześnie, Izba podkreśla, że czynność odtajnienia z 14.02.2018 r. przeprowadzona przez Zamawiającego, było co do kierunku właściwa, lecz winna uwzględniać to, że Przystępujący nie wykazał skutecznie, że dane informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa. Izba stoi na stanowisku, że zasadność dokonania zastrzeżenia powinna być dokonywana na podstawie podanych przez danego Wykonawcę argumentów, a nie samego charakteru zastrzeżonych informacji. Taka argumentacja winna być poparta dowodami, gdyż wykazanie z tym się niewątpliwie wiąże. A przynajmniej jeśli istnieją określone ograniczenia /okoliczność takich ograniczeń przywołana/ co do możliwości dowodowych w tym zakresie, winny być one, tj. określone dowody także przywołane z nazwy w uzasadnieniu – np. dany dokument, regulacja, zarządzenie, polityka bezpieczeństwa – w sposób pozwalający na uznanie że ta informacja jest wiarygodna, a dany dokument rzeczywiście istnieje. Albo złożony w ograniczonym zakresie – fragmencie, wyciągu, pierwsza strona, bez podania danych osobowych, z klauzulą poufności. Izba podnosi za wyrokiem KIO z 10.03.2016 r., sygn. akt: KIO 223/16, KIO 224/16, KIO 225/16, KIO 228/16: *„Dla prawidłowego wykazania, o którym mowa w tym przepisie, nie wystarczą jedynie głośne i ogólnikowe twierdzenia, bez odniesienia się do konkretnych faktów, działań itd. Na konieczność wykazania jednoznacznie wskazywano w toku prac nad znowelizowaniem tego przepisu m.in. podczas prac podkomisji nadzwyczajnej do rozpatrzenia: poselskich projektów ustaw o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych - plik wideo z 21.03.2014 r. - plik wideo z 10.VII.2014 r.”.*

Po drugie, uzasadnienie zastrzeżenia części dowodów złożonych przed rozprawą z 08.03.2018 r. było w tym zakresie znacznie poprawniejsze i miało załączony wiarygodny dowód i przywoływano określone inne w sposób wiarygodny, stąd utrzymanie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie zastrzeżonym.

Po trzecie, Izba uznała, że wobec tego, iż będzie miało miejsce wezwanie w zakresie dotychczas nie wyzwanym. Będzie dotyczyło zupełnie innych kwestii – będzie to zupełnie nowe wyjaśnienie - zasadniczo dotyczące cen materiałów w cenach jednostkowych spornych pozycji. Izba uznała, że mimo naruszenia, jednakże z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp, zarzut podlega oddaleniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Oдноśnie zarzutu czwartego i piątego, Izba uznała je za przedwczesne stąd ich oddalenie.

Dopiero ustalenie, jakie de facto wyceniono materiały w zakwestionowanych, spornych pozycjach, czyli asortyment pozwoli ustalić, czy złożono ofertę zgodnie z postanowieniami SIWZ, w szczególności w kontekście przywołanych w sentencji postanowień SIWZ. Inaczej mówiąc w kontekście - przedmiotu zamówienia właściwego dla danej ze wskazanych pozycji wykazu prac /zał. nr 12 do SIWZ (zał. nr 1 do umowy)/ (pełnym zakresem prac, w tym warunkami technicznymi wykonania przedmiotu umowy /zał. nr 9 do SIWZ (zał. nr 2 do umowy)/ i technologią wykonania prac związanych z konserwacją, przeglądami i bieżącymi remontami placów zabaw i obiektów /zał. nr 10 do SIWZ (zał. nr 3 do umowy)/, jak i wykazem placów zabaw i obiektów rekreacyjnych wraz z wyposażeniem /zał. nr 11 do SIWZ/ zał. nr 4 do umowy/), z uwzględnieniem dopuszczenia stosowania zamiennych materiałów równoważnych niż podane w SIWZ i jej załącznikach, jeśli będą one posiadać stosowne atesty i certyfikaty (tak w cz. II „Uwaga” - na str. 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia), zastrzeżeniem, iż naprawy będą wykonywane w taki sposób, by urządzenia po naprawie spełniały obowiązujące normy (PN-EN 1176-7, PN-EN 1177, PN-EN 16630).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Oдноśnie naruszenia przez Zamawiającego - ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Zarzut nie został skonkretyzowany. Nie wskazano w nim, ani podstawy prawnej, której naruszenie zarzuca Odwołujący, ani stanu faktycznego, który miałby być przedmiotem oceny Izby. W tej sytuacji Izba oceniła postawiony zarzut jako nieistniejący. Podobnie Izba uznała w wyroku z 10.03.2014 r., sygn. akt: KIO 266/14, czy też w wyroku z 15.11.2016 r., sygn. akt: KIO 2049/16, KIO 2052/16.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 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 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika

w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....