

Sygn. akt: KIO 507/15

WYROK
z dnia 7 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **1 kwietnia 2015 r.** w Warszawie odwołania z dnia **14 marca 2015 r.** wniesionego przez wykonawcę **Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **„PKP Intercity” S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **ISS Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez odwołującego **Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** na rzecz zamawiającego „**PKP Intercity**” **S.A. z siedzibą w Warszawie** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232) 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

Zamawiający PKP INTERCITY S.A. z siedzibą w Warszawie wszczął postępowanie w trybie **przetargu ograniczonego** pod nazwą »Świadczenie usług utrzymania czystości zespołów trakcyjnych ED250«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **24.01.2015 r.** pod nrem **2015/S 017-026980**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **04.03.2015 r.** o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy **ISS Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**.

Wykonawca IMPEL Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej wykonawca IMPEL lub odwołujący), zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp**, wniósł **14.03.2015 r.** do Prezesa KIO odwołanie na czynności **zamawiającego** polegające:

- 1) na nieodtajnieniu wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę ISS Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: **wykonawca ISS**) oraz
- 2) na wyborze oferty złożonej przez **wykonawcę ISS**.

Zdaniem **odwołującego zamawiający** naruszył:

- 1) **art. 7 ust. 1 i 3 Pzp** przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) **art. 8 ust. 1-3 Pzp** przez zaniechanie udostępnienia **odwołującemu** wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez **wykonawcę ISS**, zawierającej informacje bezprawnie utajnione;
- 3) **art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 1-3 Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez **wykonawcę ISS** jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 4) **art. 91 ust. 1 Pzp** przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwolujący wniósł o:

- 1) nakazanie **zamawiającemu** odtajnienie oferty **wykonawcy ISS** w zakresie nie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa;
- 2) nakazanie **zamawiającemu** odrzucenie oferty złożonej przez **wykonawcę ISS**, na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp** gdyż zawiera rażąco niską cenę;
- 3) nakazanie **zamawiającemu** dokonania ponownej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej spośród niepodlegających odrzuceniu ofert, złożonych przez **wykonawców** niewykluczonych z postępowania.

Argumentacja **odwołującego**

Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych odwołania oraz wskazanie dowodów na ich poparcie w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1-3 Pzp

Podczas otwarcia ofert **odwołujący** uzyskał wiadomość o zastrzeżeniu jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji w ofercie **wykonawcy ISS**. **Wykonawca ISS** zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnienia złożone w odpowiedzi na pismo **zamawiającego** z **24.02.2015 r.** zobowiązujące tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Ze względu na uzasadnione wątpliwości, co do kalkulacji ceny przez **wykonawcę ISS** oraz zasadności samego zastrzeżenia dokonanego przez **wykonawcę ISS**, **odwołujący** **03.03.2015 r.** zwrócił się do **zamawiającego** z prośbą o udostępnienie treści oferty **wykonawcy ISS**, w zakresie złożonych przez niego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający udzielił negatywnej odpowiedzi **odwołującemu** w przedmiocie odtajnienia złożonych przez **wykonawcę ISS** wyjaśnień.

Odwolujący z obawy przed upływem terminu do wniesienia odwołania (zgodnie z orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej z 2 kwietnia 2009 r. sygn. akt **KIO/UZP 364/09**, moment uzyskania informacji o zastrzeżeniu przez innego wykonawcę części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi początek biegu terminu na wniesienie środka ochrony) podjął decyzję o wniesieniu odwołania w terminie 10 dni od dnia otwarcia ofert, zarzucając **zamawiającemu** naruszenie **art. 8 ust. 1-3 Pzp**, przez zaniechanie udostępnienia **odwołującemu** części oferty **wykonawcy ISS**, zawierającej informacje bezprawnie utajnione.

Odwolujący wskazał, że postępowanie o zamówienie publiczne jest jawne, tajemnica przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania w sprawie zamówienia publicznego i jako wyjątek nie może być interpretowany w sposób rozszerzający, co naruszałoby uprawnienia wykonawców występujących w postępowaniach.

Odwołujący powziął uzasadnione wątpliwości w zakresie ceny oferty **wykonawcy ISS**, a zaniechanie odtajnienia części jego oferty w tym złożonych wyjaśnień, uniemożliwia **odwołującemu** potwierdzenie wcześniejszej oceny w przedmiotowym zakresie.

W opinii **odwołującego** utajnienie oferty złożonej przez **wykonawcę ISS**, odbiera **odwołującemu** prawo do weryfikacji poprawności kalkulacji ceny oferty złożonej przez **wykonawcę ISS**, a materiał przez niego zastrzeżony nie zasługuje na objęcie klauzulą tajności. Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą.

Obowiązkiem **zamawiającego** jest w każdym wypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie, czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie **odwołującego**, **wykonawca ISS** bezpodstawnie utajnił złożone wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej, a **zamawiający** niesłusznie podtrzymał klauzulę tajności nie udostępniając złożonych wyjaśnień pozostałym uczestnikom postępowania, zwłaszcza w sytuacji, w której zachodzi uzasadnione podejrzenie, że cena, za którą **wykonawca ISS** zamierza zrealizować zamówienie jest zaniżona.

Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych odwołania oraz wskazanie dowodów na ich poparcie w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 1-3 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp

W ocenie **odwołującego**, czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez **wykonawcę ISS** dokonana przez **zamawiającego** jest bezpodstawna i dokonana została z naruszeniem prawa, gdyż złożona w postępowaniu oferta zawiera rażąco niską cenę.

W przedmiotowym postępowaniu za wykonanie usług utrzymania czystości zespołów trakcyjnych ED250 w terminie **od 16.03.2015 r. do 12.12.2015 r.**, czyli łącznie 9 miesięcy, oferty złożyło trzech wykonawców zgodnie z poniższym zestawieniem:

Nazwa wykonawcy	Wartość Kontraktu Netto	Cena Kontraktu Brutto	Netto miesięcznie	Brutto miesięcznie
ISS Facility Services Sp. z o.o.	4 351 375,00 zł	5 352 191,25 zł	483 486,11 zł	594 687,92 zł
Impel Cleaning Sp. z o.o.	6 159 633,11 zł	7 576 348,72 zł	684 403,68 zł	841 816,52 zł
Konsorcjum: Kolejowe Zakłady Usługowe oraz Zakłady Usługowe Południe Sp. z o.o.	8 334 754,47 zł	10 251 748,00 zł	926 083,83 zł	1 139 083,11 zł

Postępowanie zawiera dwa rodzaje usług:

- 1) usługę czyszczenia w biegu wszystkich składów zespolonych ED250 objętych aktualnym wykazem pociągów stanowiącym załącznik nr 2 do Umowy „Lista pociągów objętych usługą czyszczenia w trakcie jazdy”;
 - 2) usługę stacjonarnego czyszczenia składającą się z dwóch rodzajów czyszczeń określonych w załączniku nr 3 do Umowy „zakres usługi stacjonarnego czyszczenia wagonów ED25)”, a w tym:
 - a) czyszczenie codzienne – co najmniej raz na dobę, realizowane na stacjach postojowych w Krakowie, Katowicach, Wrocławiu, Gdyni – w celu utrzymania wysokiego standardu czystości zespołów trakcyjnych ED250,
 - b) czyszczenie pobieżne – realizowane w krótkim czasie przejścia pomiędzy obsługą kolejnych pociągów i z ograniczonym dostępem do urządzeń i wyposażenia w odpowiednią infrastrukturę – w celu zapewnienia minimalnych standardów czystości na stacjach zwrotnych zespołów trakcyjnych ED250
- zgodnie z poniższym wykazem:

Punkt czyszczeń	Liczba czyszczeń pobieżnych (szt.)	Liczba czyszczeń codziennych (szt.)	Liczba wszystkich czyszczeń w trakcie realizacji Umowy (szt.)
Gdynia	1 148	1 148	2 296
Wrocław	574	574	1 148
Kraków	1 722	566	2 288
Katowice	861	861	1 722

Wszystkie czynności określone przez **zamawiającego** w załączniku nr 3 do Umowy „zakres usługi stacjonarnego czyszczenia wagonów ED250” muszą być realizowane zgodnie z technologią określoną w ofercie wykonawcy (stanowiącą załącznik nr 5 do Umowy) oraz zgodnie z przyjętymi standardami realizowania usług czyszczenia.

Jednocześnie z analizy złożonych ofert, zgodnie z nowelizacją ustawy Pzp, cena zaproponowana przez **wykonawcę ISS** nosi znamiona ceny rażąco niskiej, gdyż jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen złożonych w postępowaniu, co pokazuje poniższe zestawienie:

Wykonawca	Łączna wartość ofert
ISS Facility Services Sp. z o.o.	5 352 191,25 zł
Impel Cleaning Sp. z o.o.	7 576 348,72 zł
Konsorcjum: Kolejowe Zakłady Usługowe oraz Zakłady Usługowe Południe Sp. z o.o.	10 251 748,00 zł
Średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert	7 726 762,66 zł
Różnica oferty ISS do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert	2 374 571,41 zł
Różnica procentowa oferty ISS do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert	31%

Wyliczenia wskazują, że oferta złożona przez **wykonawcę ISS** powinna być poddana sprawdzeniu w zakresie rażąco niskiej ceny. Identyczne stanowisko zaprezentował **zamawiający**, czego dowodem było wezwanie **wykonawcy ISS** do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. **Zamawiający** przeznaczył na realizację zadania budżet w wysokości **8 421 818,56 zł brutto**.

Na dowód zobrazowania, jak cena **wykonawcy ISS** obiega od budżetu **zamawiającego** i ceny zaoferowanej przez **odwołującego**, **odwołujący** przedstawił wyliczenia:

- 1) różnica do budżetu **zamawiającego** wynosi **3 069 627,31 zł brutto**, co daje wartość **36%** niższą niż zaplanowany budżet **zamawiającego**;
- 2) różnica ceny brutto do oferty **odwołującego** wynosi **2 224 415,47 zł** i jest to wartość niższa o **29%**;
- 3) różnica ceny brutto do oferty Konsorcjum wynosi **4 899 556,75 zł** i jest to wartość niższa o **48%**.

Analizując dane wartościowe **odwołujący** stwierdził, że oferta **wykonawcy ISS** zawiera warunki cenowe, które są wadliwie i nieprawidłowo skalkulowane z dużym elementem niedoszacowania kosztów, bez uwzględnienia aktualnych cen rynkowych oraz uwzględnienia większości parametrów realizacji usługi wskazanych przez **zamawiającego** w specyfikacji.

Występują różnice na poziomie **50%** i **30%** między ofertą **wykonawcy ISS** a budżetem **zamawiającego** czy ofertą **odwołującego**. Analiza cen zaoferowanych przez **wykonawcę ISS** wskazuje, że niedoszacowanie kosztów przez **wykonawcę ISS** wyraźnie widać w pozycji usługi czyszczenia pobieżnego i codziennego.

	Wartość ofert zawierająca czyszczenia codzienne	Wartość ofert zawierająca czyszczenia pobieżne
Odwołujący	4 082 033,39 zł	2 167 019,33 zł
Wykonawca ISS	2 622 052,50 zł	1 403 214,75 zł
Różnica w wartościach (zł)	1 462 980,89 zł	763 804,58 zł
Różnica w wartościach (%)	36%	35%

Odwołujący przedstawił szczegółowe wyliczenie kosztów realizacji usługi czyszczenia codziennego i pobieżnego dla poszczególnych lokalizacji bazując na minimalnych kosztach, które musi ponieść wykonawca w celu realizacji zamówienia zgodnie z oczekiwaniami **zamawiającego** przedstawionych w załączniku 3 do SIWZ. Zdobyte doświadczenie pozwala **odwołującemu** na rzetelne oszacowanie kosztów w aktualnym postępowaniu. **Odwołujący** optymalnie zaplanował wielkość zespołów sprzątających i znał utrudnienia związane z realizacją czyszczeń w krótkim czasie jak również zwiększeniem kosztów pracy związanych z koniecznymi przestojami między poszczególnymi czyszczeniami i wielkości kosztów związanych z prowadzeniem audytów oraz stałej kontroli jakości wymaganej przez **zamawiającego** na poziomie min. **95%** odbioru czyszczeń.

Zakres rzeczowy, jak również specyfika przedmiotu zamówienia uwzględniająca czyszczenia pobieżne i stacjonarne jest znana **odwołującemu** na podstawie realizowanej aktualnie umowy z **zamawiającym** trwającej od **16.12.2014 r.** do **15.03.2015 r.** obejmującej wszystkie lokalizacje opisane w specyfikacji.

Odwołujący, powołując się na nabyte doświadczenie podkreślił, że znane są mu ilości zagrożeń i ryzyk związanych z realizacją usługi, aktualne warunki infrastruktury i związane z tym utrudnienia i koszty niezbędne do realizacji usługi w poszczególnych lokalizacjach (punktach czyszczeń).

Analizując dane wartościowe **odwołującego** i porównując ceny zaoferowane przez **wykonawcę ISS** **odwołujący** stwierdził, że oferta **wykonawcy ISS** zawiera warunki cenowe, które są wadliwie i nieprawidłowo skalkulowane z dużym elementem niedoszacowania kosztów, z podejrzeniem przyjęcia przez **wykonawcę ISS** zbyt wysokiego współczynnika wydajności czyszczeń zdecydowanie nie uwzględnienie czasu postoju pracowników i tym samym zaniżenia kosztów pracy – kluczowego czynnika kosztotwórczego w tej ofercie.

Wykonawca ISS nie uwzględnił w swojej ofercie realnych kosztów usługi,

W formularzu cenowym **wykonawca ISS** przyjął jednakową stawkę za czyszczenia pobieżne w każdej lokalizacji. To świadczy o tym, że **wykonawca ISS** założył identyczne koszty dla wszystkich lokalizacji pomimo faktu, że liczba czyszczeń, każdej lokalizacji jest różna, a co za tym idzie nakład kosztów pracy i pozostałych składników kosztowych jest różny wynikający z faktycznej liczby sprzątaných składów ED250.

Zamawiający określił harmonogram zjazdów służbowych w załączonym załączniku nr 9 do umowy. Zdaniem **odwołującego** **wykonawca ISS** zaniżył swoją cenę przedstawioną w ofercie, co ma przełożenie na fakt, że nie jest w stanie zapewnić **zamawiającemu** wysokich standardów czyszczeń zespołów trakcyjnych ED250 zawartych w usłudze „czyszczeń stacjonarnych”, nie wspominając już o wygenerowaniu jakichkolwiek zysków, gdyż przy tym poziomie cen jest to nierealne. Realizacja przedmiotu zamówienia przez **wykonawcę ISS** jest niewątpliwie ogromnym niebezpieczeństwem dla **zamawiającego** i naraża

zamawiającego na wadliwe wykonanie postanowień umowy. Jednocześnie **odwołujący** podkreśla, że przy takiej skali przedsięwzięcia oraz jego wysokich standardach odbioru, powyższe dane jednoznacznie przesądzą o zastosowaniu cen nieuczciwych lub noszących znamiona ogromnej pomyłki w liczeniu, nieuwzględniającej kosztów usługi na takim poziomie, jaki gwarantowałby **zamawiającemu** wysoką jakość świadczonych usług.

W dniach **5-11.03.2015 r.** pracownicy **wykonawcy ISS** przeprowadzili oględziny we wszystkich lokalizacjach, w których **odwołujący** świadczy usługę czyszczenia składów ED250. Oględziny miały na celu pozyskanie przez **wykonawcę ISS** wiedzy dotyczącej infrastruktury, lokalizacji pomieszczeń socjalnych itp. Jak się później okazało przedstawiciele **wykonawcy ISS** wnikliwie obserwowali czynności, które wykonywane były przez pracowników **odwołującego**. Ponadto przedstawiciele **wykonawcy ISS** pytali się pracowników **odwołującego** o ich aktualne stawki godzinowe, jak również proponowali, aby pracownicy **odwołującego** świadczyli usługi sprzątnięcia pociągów Pendolino w ich spółce, co nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie **odwołującego** celem wizyty przedstawicieli **wykonawcy ISS** było zdobycie wiedzy oraz pracowników niezbędnych do wykonywania usług przez **wykonawcę ISS** na rzecz **zamawiającego**, bo wiadomym jest, że **wykonawca ISS** ma świadczyć przedmiotowe usługi w związku z wygranym postępowaniem o udzielenie zamówienia na czyszczenie składów ED250.

Zamawiający w sposób wyczerpujący opisał swoje wymagania w zakresie podziału czynności dla poszczególnych stref, określił krotkość i rodzaj wykonywanych przez personel czynności, podał szczegółowe wymagania do środków chemicznych i harmonogramy przyjazdów zespołów trakcyjnych ED250. Taki opis przedmiotu zamówienia wyraźnie oznacza usługę o bardzo wysokiej jakości. Wykonawca kalkulując przedmiot zamówienia zgodnie z warunkami SIWZ, opisanymi w zał. nr 3 do Umowy „zakres usługi stacjonarnego czyszczenia wagonów ED250” powinien uwzględnić idącą za kalkulacją realizację takiej usługi na poziomie wymagań SIWZ, czyli oczekiwanego efektu czyszczenia i sprzątnięcia zgodnego z opisem „sposobu oceny jakości czyszczeń”. Taką usługę można określić jako „usługa Premium”. Jest to usługa o nieprzeciętnych parametrach realizacji, dotycząca wymagających szczególnej obsługi obiektów (jakim są zespoły trakcyjne ED250), nietypowych rozwiązań technologicznych, organizacji pracy uwzględniającej wykwalifikowanych pracowników, o pełnym stopniu sprawności, dobrze przeszkolonych, dyspozycyjnych, którzy są zdolni do pracy w nocy, specjalistycznych środków chemicznych, przeznaczonych do odpowiednich powierzchni oraz sprawnego nadzoru, który zostanie, zgodnie z postanowieniami SIWZ, wyposażony i przeszkolony w obsłudze elektronicznego systemu obsługi i audytowania czyszczeń.

Odwolujący bezwzględnie stwierdza, że oferta **wykonawcy ISS** została skalkulowana na poziomie nieodpowiadającym wymaganiom **zamawiającego** w stosunku do opisu przedmiotu zamawiania i oprócz rażąco niskiej ceny można zarzucić ofercie **wykonawcy ISS** niezgodność z postanowieniami SIWZ. Przy tak niskiej cenie, jaką **wykonawca ISS** zaproponował w złożonej przez siebie ofercie, żaden wykonawca nie byłby w stanie zrealizować przedmiotu zamawiania, w sposób gwarantujący efekt sprzętania dla usługi Premium oczekiwany przez **zamawiającego**.

Odnosząc się do zasad dyscypliny finansów publicznych oraz racjonalnej gospodarności instytucji publicznej najniższa cena nie oznacza najlepszej jakości, a tym bardziej gospodarności w zarządzaniu budżetem **zamawiającego**.

Odwolujący wskazuje, że zgodnie z **art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153. poz. 1503, ze zm.)** czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Zaoferowane przez **wykonawcę ISS** ceny za realizację zamówienia, w ocenie **odwołującego** są rażąco niskie, stanowi to faktycznie sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, co wypełnia dyspozycję przepisu **art. 15 ust. 1 pkt 1 uзнk.** **Odwolujący** podkreśla, że przedstawione stanowisko potwierdza opinia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z **04.02.2003 r.** „Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1, poz. 240). W opinii tej UOKiK napisał m.in.: „Na wstępie należy wskazać, że nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione przesłanki z **art. 15 uзнk.** Za takie będą więc uznawane tylko działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy (**art. 3 ust. 1 uзнk.**) są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnieniem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest **art. 15 uзнk.** Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z danego rynku, ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków nie znajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej

konkurencji”. Oferowanie towarów lub usług poniżej ceny ich wytworzenia (cena dumpingowa do której kwalifikowana jest również cena rażąco niska) jest działaniem mającym na celu utrudnianie dostępu do rynku, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i tym samym wypełnia przesłanki, o których mowa zarówno w przywołanej powyżej ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jak również stanowi przesłankę odrzucenia oferty z **art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.**

Odwolujący posiadając wiedzę przy realizacji analogicznych usług, jednoznacznie stwierdza, że ryzyka związane z wykonywaniem przedmiotu zamówienia, wycenione zostały przez **wykonawcę ISS** rażąco poniżej poziomu, który powinien być zakładany jako realistyczny, a tym samym gwarantujący prawidłowe wykonanie zamówienia publicznego.

Odwolujący przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 14.03.2015 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **14.03.2015 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

17.03.2015 r. wykonawca ISS Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego**, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **zamawiającego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

31.03.2015 r. **zamawiający** złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez **odwołującego**:

- 1) (dowód nr 1) zestawienie cen jednostkowych za usługę w porównaniu **odwołującego** i **przystępującego**, z których odwołujący wywodzi, że **przystępujący** nie orientuje się w cenach jednostkowych w poszczególnych lokalizacjach;

oraz dowodów złożonych przez **uczestnika postępowania**:

- 2) (dowód nr 2) decyzja z 26.03.2015 r. podmiotu PL.2012+ Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Stadion Narodowy) na okoliczność, że również praktyką **odwołującego** jest zastrzeżenie formularza ofertowego jako tajemnicy przedsiębiorstwa (str. 3 i 5 dokumentu);

- 3) (dowód nr 3) informacja o unieważnieniu postępowania, gdzie PKP Intercity unieważnił postępowanie ze względu na przeznaczenie kwoty ok. 7 mln zł na podobnego typu przetarg i złożenie oferty przez odwołującego na ok. 44 mln;
- 4) (dowód nr 4) notatka ze spotkania w sprawie zamówienia z wolnej ręki, na wykazanie, że działania przystępującego były związane z zawarciem innej umowy z wolnej ręki, a nie ze względu na przeprowadzanie oględzin po sporządzeniu oferty;
- 5) (dowód nr 5) umowa najmu z zarządcą dworca w Krakowie, na wykazanie, że trudności ze zgodą na dzierżawę dodatkowych pomieszczeń i spełnianie usługi np. w Krakowie są nieprawdzie oraz że przystępujący przewidział i skalkulował te ryzyka;
- 6) (dowód nr 6, dowód objęty tajemnicą przedsiębiorstwa) wykaz umów dowód na okoliczność, że ceny zaoferowane w ofercie dla zamawiającego są rynkowe, realne i odpowiadają analogicznym innym usługom;
- 7) (dowód nr 7, dowód objęty tajemnicą przedsiębiorstwa) umowy zawarte z podwykonawcami na okoliczność wykazania, że koszty podwykonawców zostały uwzględnione w wyjaśnieniach kalkulacji ceny ofertowej były przewidziane i skalkulowane w sposób prawidłowy;
- 8) (dowód nr 8) protokoły zdawczo-odbiorcze wykonania usługi z lokalizacji Gdynia, Wrocław, Kraków, Katowice potwierdzające, że usługa została wykonana i odebrana przez zamawiającego powyżej 95% właściwego wykonania usługi i bez uwag

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie Izby, zarzut naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 1-3 Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez **wykonawcę ISS** jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że **zamawiający** podał bezpośrednio przed otwarciem ofert kwotę **8 421 818,56 zł**. Liczba ta stanowiła sumę, którą **zamawiający** zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i była wartością podaną zgodnie z **art. 86 ust. 3 Pzp**, który brzmi *»Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia«*.

Wykonawca ISS zaoferował wykonanie zamówienia za 5 352 191,25 zł.

Pozostali wykonawcy zaoferowali ceny 7 576 348,72 zł i 10 251 748,00 zł, czyli średnia cena wszystkich trzech złożonych w postępowaniu ofert wyniosła 7 726 762,66 zł, a więc cena oferty **wykonawcy ISS** była niższa od 30% wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert ($5\,352\,191,25 : 7\,726\,762,66 = 30,73\%$).

Z tego względu **zamawiający** zwrócił się do **tego wykonawcy** o udzielenie wyjaśnień zgodnie z wprowadzeniem do wyliczenia art. 90 ust. 1 Pzp, które brzmi *»Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, **zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień**, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie [...]«*.

Wykonawca ISS pismem z **02.03.2015 r.** złożył w wymaganym terminie wyjaśnienia, które rozwiały wątpliwości **zamawiającego** do zawarcia w ofercie rażąco niskiej ceny, a więc wyjaśnienia wykonawcy nie potwierdziły, że oferta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Dlatego **zamawiający** nie mógł zastosować się do **art. 90 ust. 3 Pzp**, który brzmi *»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«*.

Zamawiający dokonał szczegółowej oceny oferty wraz z przedstawionymi dowodami i potwierdził, że **wykonawca ISS** wykazał, że cena jest realna i nie jest w związku z tym rażąco niska. W wyjaśnieniach **wykonawca ISS** w prawie całym dokumencie zawarł informacje, które upoważniały go do zastrzeżenia tych treści jako tajemnica przedsiębiorstwa, zgodnie z **art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze Pzp**, który brzmi *»Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub*

wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa».

Zdaniem Izby wyjaśnienia **wykonawcy ISS** dotyczące zaoferowanej ceny są wystarczająco przekonujące, dokładne i udokumentowane. W żadnym przypadku wyjaśnienia nie potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W związku z tym **zamawiający** nie miał podstaw do odrzucenia oferty **wykonawcy ISS**.

Odwolujący składając dowód nr 1 (zestawienie cen jednostkowych **odwołującego** i **przystępującego** z różnicami dochodzącymi do 130%) nie wykazał, że nie jest możliwe zaoferowanie cen niższych niż ceny zaoferowane przez **odwołującego**.

Ponadto sam zarzut, że **wykonawca ISS** nie świadczył usługi dla **zamawiającego** w zakresie sprzątnięcia składów Pendolino nie może się ostać z dwóch podstawowych względów. Po pierwsze wykonawca ten spełnił warunki postawione w ogłoszeniu o zamówieniu, a postanowienia tego dokumentu nie zostały oprotestowane przez żaden podmiot, a w tym przez **odwołującego**. Po drugie **wykonawca ISS** wykazał na rozprawie, co nie zostało zaprzeczone przez **odwołującego**, że od kilku miesięcy spełniał usługę sprzątnięcia tych pociągów dla podmiotu Alstom na stacji Warszawa-Grochów, chociaż w innych warunkach niż warunki spełnienia rozpoznawanego zamówienia.

Również nie ma znaczenia fakt brania bądź odmowy lub braku brania udziału w dialogu technicznym w późniejszym wykazaniu spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, a także nie można stwierdzić, że **wykonawca ISS**, który nie brał udziału – z najróżniejszych przyczyn – w dialogu technicznym, nie ma wystarczającego doświadczenia czy wiedzy, aby móc wykonywać zamówienie. Gdyby tak było, jak to sugeruje **odwołujący** ustawodawca wprowadziłby np. przepis mówiący, że np. wykonawca, który nie brał udziału w dialogu technicznym nie może złożyć oferty w tym samym postępowaniu. Jednak przepisy nie uzależniają możliwości złożenia oferty (i wyboru oferty jako najkorzystniejszej) od udziału w dialogu technicznym.

Nie okazał się zasadny zarzut, że **wykonawca ISS** dopiero po wygraniu przetargu dokonywał oględzin miejsc przeznaczonych do czyszczenia pojazdów oraz samych pojazdów ani, że **przystępujący** dopiero wtedy dokonywał wywiadu odnośnie trudności, specyfiki usługi i dokonywał próby przejęcia pracowników **odwołującego**. **Wykonawca ISS** złożył **dowód nr 4** – notatka ze spotkania w sprawie zamówienia z wolnej ręki – wykazując, że działania **przystępującego** były związane z zawarciem innej umowy w trybie z wolnej ręki, a nie ze względu na przeprowadzanie oględzin w związku ze złożeniem oferty w rozpoznawanym postępowaniu.

Podobnie podnoszone przez **odwołującego** trudności ze zgodą na dzierżawę dodatkowych pomieszczeń i spełnianie usługi np. w Krakowie okazały się nieprawdzie, gdyż przystępujący przedstawiając **dowód nr 5** (umowa najmu z zarządcą dworca w Krakowie) wykazał, że mógł przewidzieć i skalkulować też takie czynniki, które wpływają na wysokość kosztów ponoszonych przez wykonawców.

Również **odwołujący** nie wykazał, że posiada optymalną organizację pracy, a organizacja pracy **wykonawcy ISS** nie może być lepsza czy ekonomiczniejsza od organizacji pracy **odwołującego**. Izba także stwierdza, że brak przydziału pracy osobom czyszczącym składy w czasie między postojami pociągów na stacjach nie jest czynnikiem, który generuje koszty w wysokości niepozwalającej na zaoferowanie ceny przez **wykonawcę ISS** w kwocie, którą przedstawił **wykonawca ISS**.

Także cena środków czyszczących nie jest czynnikiem mogącym podważyć wiarygodność składanych ofert, gdyż udział tego typu kosztów nie jest aż tak znaczący, co stwierdzili obaj wykonawcy uczestniczący w postępowaniu odwoławczym.

Ponadto **dowód nr 6 – objęty przez przystępującego tajemnicą przedsiębiorstwa** – wykaz umów – zdaniem Izby wykazał okoliczność, że ceny zaoferowane przez **przystępującego** są realne i odpowiadają analogicznym usługom funkcjonującym na rynku.

Wreszcie Izba musiała uznać, zgodnie z **dowodem nr 7 (objęty tajemnicą przedsiębiorstwa przez przystępującego)** – umowy zawarte z podwykonawcami, że koszty podwykonawców zostały uwzględnione w wyjaśnieniach kalkulacji ceny ofertowej i były przewidziane oraz skalkulowane w sposób prawidłowy.

Ponadto zdaniem Izby protokoły zdawczo-odbiorcze wykonania usługi z lokalizacji Gdynia, Wrocław, Kraków, Katowice (złożone przez przystępującego jako **dowód nr 8**) potwierdziły, że usługa została wykonana i odebrana przez **zamawiającego** – powyżej 95% właściwego wykonania usługi i bez uwag. Dlatego też nie ma podstaw do kwestionowania jakości wykonania zamówienia przez **wykonawcę ISS**. Nie ma znaczenia dla postępowania, czy przy występowaniu takich dokumentów czynniki decyzyjne zamawiającego zdecydują się na stwierdzenie odstępstw od żądanej jakości wykonania zamówienia, jednak Izba stwierdza, że przedstawione dokumenty nie wskazują aby wystąpiły czynniki dające asumpt **zamawiającemu** do stwierdzenia odstępstw od żądanej jakości wykonania zamówienia przez wykonawcę tego zamówienia.

Na podstawie złożonych w postępowaniu dowodów (szczególnie **dowód nr 8**) nic nie wskazuje na to by **zamawiający** miał podstawy do odstąpienia od umowy czy nałożenia kar umownych na **przystępującego**, a więc istota wykonania zamówienia w naturze nie jest w żadnym momencie narażona na szwank.

Również nie może być uznane przez Izbę jako istotne podnoszenie na rozprawie przez **odwołującego**, że **odwołujący** nie otrzymał do **01.04.2015 r.** raportów z kontroli

wewnętrznych będących w posiadaniu **zamawiającego**. Nie może być to dowodem na jakiegokolwiek odstępstwa od wykonania usługi przez **przystępującego** ani dowodem na opieszałość odpowiednich służb **zamawiającego** skoro **odwołujący** wystąpił o te dokumenty dzień wcześniej – **31.03.2015 r.**

Przystępujący wykazał, że cena składająca się z poszczególnych składników i składniki te nie zostały zaniżone, to tym bardziej nie mają one wpływu na całą cenę, a i tak przy rażąco niskiej cenie ma znaczenia cała cena, a nie poszczególne składniki.

Wszystkie powyżej przytoczone argumenty obligują Izbę do oddalenia zarzutu naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 1-3 Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy ISS**, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby, zarzut naruszenia **art. 8 ust. 1-3 Pzp** przez zaniechanie udostępnienia **odwołującemu** wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez **wykonawcę ISS**, zawierającej informacje bezprawnie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że **zamawiający** wykazał, iż **zamawiający** pismem z 24.02.2015 r. zwrócił się do **wykonawcy ISS** do złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez **tego wykonawcę** ceny. **Wykonawca ISS** składając wyjaśnienia zastrzegł, że wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu **art. 11 ust. 4 ustawy** z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.), który brzmi »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«.

Zgodnie z **art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze Pzp wykonawca ISS** wykazał, że informacje zawarte w tych wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje te należą do zakresu informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub posiadających wartość gospodarczą dla wykonawcy, informacje te nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a **wykonawca ISS** podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W związku z tym **zamawiający** nie ma prawa ujawnić zastrzeżonych informacji.

Z tego względu Izba musi oddalić zarzut naruszenia **art. 8 ust. 1-3 Pzp** przez zaniechanie udostępnienia **odwołującemu** wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez **wykonawcę ISS**, gdyż informacje tam zawarte zawierają tajemnicę

przedsiębiorstwa i wykonawca w odpowiednim momencie zastrzegł, że nie podlegają one ujawnieniu.

W ocenie Izby, zarzut naruszenia **art. 91 ust. 1 Pzp** przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że wskazana przez **odwołującego** oferta nie podlega odrzuceniu. W związku z tym **zamawiający** stosując się do przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, którą to ofertę złożył **wykonawca ISS**. **Odwołujący** nie wykazał, że **zamawiający** naruszył wskazane przepisy tej ustawy, a zwłaszcza, że **zamawiający** wybrał ofertę najkorzystniejszą nie zastosowawszy się do **art. 91 ust. 1 Pzp**, który brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«. Z tego względu w ocenie Izby, zarzut naruszenia **art. 91 ust. 1 Pzp** przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie Izby, zarzut naruszenia **art. 7 ust. 1 i 3 Pzp** przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców – nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepisy **art. 7 ust. 1 i 3 Pzp** brzmią »1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. [...] 3. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy«.

Odwołujący nie wykazywał w odwołaniu naruszenia przez **zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 Pzp** ani w trakcie rozprawy również odwołujący nie poruszał kwestii naruszenia tych przepisów. W związku z tym Izba nie może stwierdzić naruszenia przepisów ustawy i jest obowiązana oddalić zarzut naruszenia **art. 7 ust. 1 i 3 Pzp** przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez **odwołującego** przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez strony, za wyjątkiem **dowodu nr 2** (stanowiącego decyzję podmiotu PL.2012+ Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Stadion Narodowy) na okoliczność, że w całym innym postępowaniu odwołujący zastrzegł

informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa) i **dowodu nr 3** (stanowiącego informację o unieważnieniu innego postępowania ze względu na znaczne przekroczenie przez najkorzystniejszą ofertę – obecnego odwołującego – kwoty, którą **zamawiający** – PKP Intercity – zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia), które nie dotyczą rozpoznawanego postępowania o udzielenie zamówienia.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika **zamawiającego** w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: