

Sygn. akt: KIO 2293/16
KIO 2295/16

WYROK
z dnia 9 stycznia 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Aneta Górniak

po rozP. na rozprawie, w W., w dniu 4 stycznia 2017 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 5 grudnia 2016 r. przez wykonawcę **I.F.S. Sp. z o.o. z siedzibą w W.**,
- B. w dniu 5 grudnia 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: **1. Z.U.P. Sp. z o.o. z siedzibą w K.**,
2. I.C. Sp. z o.o. z siedzibą we W.,

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego P.I. S.A. z siedzibą w W.**,

przy udziale:

- A. wykonawcy **Z.U.Z. Sp. z o.o. z siedzibą w P.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2293/16 po stronie Zamawiającego,
- B. wykonawcy **I.F.S. Sp. z o.o. z siedzibą w W.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2295/16 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1.

- A) Oddala odwołanie wykonawcy I.F.S. Sp. z o.o. z siedzibą w W. (sygn. akt KIO 2293/16).**
- B) Oddala odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. Z.U.P. Sp. z o.o. z siedzibą w K., 2. I.C. Sp. z o.o. z siedzibą we W. (sygn. akt KIO 2295/16).**

2. Kosztami postępowania obciąża **Odwołujących**: wykonawcę **I.F.S. Sp. z o.o. z siedzibą w W. (sygn. akt KIO 2293/16)** oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: **1. Z.U.P. Sp. z o.o. z siedzibą w K., 2. I.C. Sp. z o.o. z siedzibą we W. (sygn. akt KIO 2295/16)** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną w częściach równych po 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez: wykonawcę **I.F.S. Sp. z o.o. z siedzibą w W. (sygn. akt KIO 2293/16)** oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: **1. Z.U.P. Sp. z o.o. z siedzibą w K., 2. I.C. Sp. z o.o. z siedzibą we W. (sygn. akt KIO 2295/16)**, tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w W..

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2293/16

Sygn. akt: KIO 2295/16

UZASADNIENIE

P.I. S.A. z siedzibą w W. (dalej: „Zamawiający” lub „PKP”), na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na świadczenie usług utrzymania w czystości taboru kolejowego.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu o numerze 2016/S 197-355498 zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 października 2016 r.

24 listopada 2016 r. - na podstawie art. 92 ust. 2 Pzp - Zamawiający poinformował wykonawców, w tym wykonawców: I.F.S. Sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej: „Odwołujący” lub „I.F.”) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. Z.U.P. Sp. z o.o. z siedzibą w K., 2. I.C. Sp. z o.o. z siedzibą we W. (dalej: „Odwołujący” lub „Konsorcjum ZUP”), o wyborze ofert najkorzystniejszych w ramach zadania numer 2 i 3 w prowadzonym postępowaniu .

KIO 2293/16

W dniu 5 grudnia 2016 r. wykonawca I.F. - w zakresie części 2 - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z prawem czynności i zaniechać Zamawiającego, polegających na:

- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Z.U.Z. Sp. z o.o. z siedzibą w P. (dalej: „ZUZ”),
- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: J. Sp. z o.o. i J.2 Sp. z o.o. z siedzibą w S. (dalej: „Konsorcjum J.”),
- dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 i 6 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez ZUZ w postępowaniu, pomimo że prawidłowa ocena wyjaśnień, udzielonych przez wykonawcę potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 i 6 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum J. w postępowaniu, pomimo że prawidłowa ocena wyjaśnień, udzielonych przez wykonawcę potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;
3. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Odwołujący żądał nakazania Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. odrzucenia oferty ZUZ oraz Konsorcjum J. podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i 6 Pzp i art. 90 ust. 3 Pzp;
3. powtórzenia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wyjaśniał, że oferty złożone przez ZUZ oraz Konsorcjum J., zawierają rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

W ocenie Odwołującego już z prostego porównania kwot zaoferowanego wynagrodzenia przez ZUZ, tj. 714.489,80 zł opcja brutto i Konsorcjum J., tj.: 820.132,50 zł opcja brutto oraz sumy jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj.: 1.578.937,00 zł opcja brutto wynika, że wysokość ceny z ofert tych wykonawców jest o ponad 50% niższa od szacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia w postępowaniu, co stanowi samoistną przesłankę do przyjęcia domniemania rażącego zaniżenia ceny przez wykonawców i do wdrożenia postępowania z art. 90 ust. 1 i 1a Pzp.

Z uwagi na podejrzenie złożenia ofert zawierających rażąco niską cenę oraz wątpliwości PKP co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”

lub „specyfikacja”), Zamawiający wszczął wobec wykonawców: ZUZ oraz Konsorcjum J. procedurę uzyskania wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, w zakresie zaoferowania rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a PZP, w szczególności w zakresie:

- oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 ze zm.);
- pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Odwołujący wskazywał, że z treści wezwania Zamawiającego oraz przepisu art. 90 ust. 1 PZP wynika jednoznacznie, że oprócz wyjaśnień, wykonawca ma również obowiązek przedstawić dowody potwierdzające, iż cena oraz koszty zostały skalkulowane prawidłowo. Nie wystarczą zatem same oświadczenia wykonawcy. Odwołujący wyjaśniał, że wyjaśnienia ogólnikowe, lakoniczne, niewypełniające treści wezwania, należy uznać takie wyjaśnienia, które wskazują na okoliczności wpływające na cenę, ale nie ukazujące sposobu tego wpływu, jak również nie potwierdzające, że okoliczności te mają charakter szczególny i indywidualny dla tego konkretnego wykonawcy. W świetle art. 90 ust. 1 Pzp dowody są niezbędne na potrzeby weryfikacji oświadczeń złożonych przez wykonawcę.

Odwołujący podnosił, że wykonawcy udzielili odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień — ZUZ w dniu 7 listopada 2016 r., a Konsorcjum J. w dniu 9 listopada 2016 r.

W ocenie Odwołującego wykonawcy ZUZ oraz Konsorcjum J. nie podotali obowiązkowi, wynikającemu z art. 90 ust. 2 Pzp, a złożone przez nich wyjaśnienia wręcz potwierdzają ocenę, że ich oferty zawierają rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przedstawione w ofercie i wyjaśnieniach wykonawców sposoby obliczenia ceny świadczą o rażącym zaniżeniu cen, co wyklucza rzetelne i zgodne z oczekiwaniami Zamawiającego wykonanie zamówienia. Ponadto, złożone wyjaśnienia -

nieoparte żadnymi dowodami, są lakoniczne i nie przedstawiają analizy kluczowych aspektów cenotwórczych, związanych z realizacją zamówienia.

Z kolei przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień, które są niepełne lub niejasne stanowi naruszenie art. 90 ust. 3 PZP.

Następnie Odwołujący odnosił się szczegółowo do wyjaśnień złożonych przez ZUZ oraz Konsorcjum J..

W opinii Odwołującego oferta ZUZ nie jest właściwie skalkulowana i zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Szacunkowa wartość zamówienia w zakresie zadania 2 ustalona przez Zamawiającego z należytą starannością wynosiła 1.578.937,00 zł opcja brutto. ZUZ złożył ofertę z najniższą ceną opiewającą na 714.489,80 zł opcja brutto - cena ta była o 55% niższa od wartości szacunkowej zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, biorąc pod uwagę przedmiot i specyfikę zamówienia oraz relację ceny zaoferowanej przez ZUZ do wartości szacunkowej zamówienia, wątpliwe jest, aby wykonawca zrealizował umowę zgodnie z wytycznymi SIWZ bez poniesienia strat finansowych.

ZUZ w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 4 listopada 2016 r. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w trybie art. 90 ust. 1 i 1a PZP, w ocenie Odwołującego, nie udzieliło wyczerpujących wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W świetle złożonych przez ZUZ wyjaśnień nie jest możliwe przyjęcie, że wykonawca wykazał, że cena oferty nie jest rażąco niska, tj. nie obalił on domniemania rażąco niskiej ceny. Zasadnicze znaczenie dla takiego twierdzenia mają następujące okoliczności: ogólny charakter wyjaśnień oraz brak załączenia jakichkolwiek dowodów, które potwierdzałyby istnienie okoliczności, które zdaniem ZUZ miały wpływ na obniżenie ceny, jak też brak wskazania w jakim zakresie okoliczności te wpłynęły na obniżenie ceny oferty.

Odwołujący wyjaśniał, że ZUZ w złożonych wyjaśnieniach wskazał ogólnie, iż posiada wieloletnie doświadczenie w wykonaniu usług utrzymania w czystości taboru kolejowego, co pozwoliło wykonawcy wypracować szczególnie wydajne i oszczędne metody sprzątnia,

oraz wysokie rabaty na specjalistyczne środki chemiczne oraz urządzenia niezbędne do sprzątnięcia taboru. Wykonawca nie przedstawił dowodów potwierdzających istnienie okoliczności, które zdaniem ZUZ miały wpływ na obniżenie ceny, jak też nie wskazał w jakim zakresie okoliczności te wpłynęły na obniżenie ceny oferty.

Wykonawca wskazał również, że wykonuje prace związane z czyszczeniem taboru we wszystkich punktach czyszczeń objętych częścią nr 2 postępowania, co pozwala na optymalny dobór wykorzystania czasu pracy pracowników. Z.U.Z. nie wyjaśniły jednak w jakim stopniu okoliczność ta wpływa na kalkulację ceny.

Załącznik nr 1 do pisma z dnia 7 listopada 2016 r. „Szczegółowe zestawienie kosztów wykonania usługi utrzymania w czystości taboru kolejowego” zawiera wyłącznie kwoty, składające się na całkowitą cenę usługi. Zestawienie to nie wskazuje, które koszty zostały obniżone z uwagi na okoliczności wskazane w treści pisma i o jaką kwotę.

W ocenie Odwołującego informacje przekazane przez ZUZ są lakoniczne, nie pozwalają na ustalenie, czy cena została obliczona prawidłowo, a w konsekwencji nie stanowią wiarygodnego wyjaśnienia poziomu zaoferowanej ceny.

Odwołujący twierdził, że wykonawca nie uwzględnił w kalkulacji ceny oferty kosztów wynikających z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, które będą musiały być poniesione celem świadczenia usług zgodnie z wymogami postawionymi przez Zamawiającego.

ZUZ wskazał, że podstawą zatrudnienia pracowników realizujących usługi czyszczenia będzie umowa o pracę. Ze względu na to, że zgodnie z harmonogramem (Załącznik nr 8 do SIWZ - Projekt umowy - Załącznik nr 7 do umowy - harmonogram czyszczenia) zdecydowana większość usługi czyszczeń pociągów realizowana będzie w porze nocnej, wykonawca w kalkulacji oferty powinien uwzględnić dodatek za prace w porze nocnej.

Zgodnie z art. 151⁷ § 1 Kodeksu pracy („KP”) pora nocna obejmuje 8 godzin między godzinami 21:00 a 7:00. Pracownikowi wykonującemu pracę w porze nocnej przysługuje dodatek do wynagrodzenia za każdą godzinę pracy w porze nocnej w wysokości 20% stawki godzinowej wynikającej z minimalnego wynagrodzenia za pracę. W stosunku do pracowników wykonujących pracę w porze nocnej stale poza zakładem pracy dodatek, o którym mowa wyżej, może być zastąpiony ryczałtem, którego wysokość odpowiada przewidywanemu wymiarowi pracy w porze nocnej (art. 151⁸ § 1 i 2 KP).

Wysokość wynagrodzenia pracownika zatrudnionego w pełnym miesięcznym wymiarze czasu pracy nie może być niższa od wysokości minimalnego wynagrodzenia. Od 1 stycznia 2017 r. minimalna płaca wyniesie 2000 zł brutto (vide: rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 9 września 2016 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za

pracę w 2017 r.). Celem wyliczenia całkowitego kosztu zatrudnienia pracownika, jaki poniesie wykonawca kwotę minimalnego wynagrodzenia należy powiększyć o 20,01%. Pracodawca poniesie zatem koszt w wysokości 2400,20 zł.

Przy czym przy obliczaniu wysokości wynagrodzenia pracownika nie uwzględnia się dodatku do wynagrodzenia za pracę w porze nocnej (art. 6 ust. 1 i ust. 5 pkt 4 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008) w brzmieniu obowiązującym od dnia 1 stycznia 2017 r.). Innymi słowy dodatek nocny nie mieści się w minimalnym wynagrodzeniu 2000,00 zł brutto pracownika lecz jest wypłacany dodatkowo.

W opinii Odwołującego prawidłowe wyliczenie wynagrodzenia pracownika pracującego w godzinach nocnych przedstawia się następująco:

- 2000 zł: 168 h (liczba godzin pracy w miesiącu) = 11,90 zł/h
- 11,90 zł/h x 20% (dodatek do wynagrodzenia za pracę w porze nocnej) = 2,38 zł (dodatek do 1 h pracy w porze nocnej)
- 1 h pracy w porze nocnej wyniesie zatem 14,28 zł;

W zależności od liczby godzin pracy w porze nocnej całkowita kwota wynagrodzenia pracownika powinna być odpowiednio zwiększona.

Odwołujący twierdził również, że pozycje kalkulacyjne: koszt wywozu śmieci oraz koszt wynajmu pomieszczeń są znacznie niedoszacowane i nierynkowe. Nie jest możliwe wykonanie zamówienia za przedstawione w wyjaśnieniach kwoty.

Przykładowo można wskazać koszty wywozu śmieci w Gorzowie Wlkp. Zgodnie z kalkulacją zawartą w wyjaśnieniach w pozycji tej ZUZ wskazały 50 zł/miesiąc. Stawka ta obejmuje koszt pomieszczeń oraz odpadów. Jedynym podmiotem, który w Gorzowie Wlkp. zajmuje się gospodarką odpadów jest Związek Celowy Gmin M6. Zgodnie z cennikiem Związku Celowego Gmin M6, dostępnym na stronie internetowej (<http://www.zcg.net.pl/proiektv-zwiazku-celowego-gmin-mg-6/odpadv/tabela-oplat-za-wwoz-odpadow-komunalnvch>) za odbiór odpadów komunalnych zebranych i odbieranych sposób nie selektywny w pojemniku o pojemności 80 l - opłata wynosi 50,00 zł/miesiąc. Pojemnik o takiej pojemności jest nieadekwatny do zakresy zadań realizowanych w tej lokalizacji zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Jest to standardowa pojemność pojemnika stosowanego na potrzeby gospodarstwa domowego. Odwołujący zadeklarował w tej lokalizacji pojemnik o pojemności 660 l. Odwołujący podnosił, że koszt wywozu śmieci będzie zatem wielokrotnie wyższy niż wskazał ZUZ.

Zdaniem Odwołującego ZUZ nie uwzględnił w kalkulacji kosztu środków higieny osobistej (pakiet sanitarny), który jest obligatoryjnym kosztem podczas realizacji usługi. Załącznik nr 1 do SIWZ określa zakres:

- czyszczenia codziennego - realizowanego co najmniej raz na dobę w przypadku każdego eksploatowanego przez PKP wagonu i zespołu trakcyjnego oraz
 - czyszczenia pobieżnego - realizowanego w przypadku każdego eksploatowanego przez PKP wagonu, zespołu trakcyjnego odstawianego w danej lokalizacji jako stacji zwrotnej,
- niezbędne czynności realizowane w trakcie obu czyszczeń, specyfikę środków czyszczących, a także sposób weryfikacji jakości czyszczenia.

Odwołujący wyjaśniał, że w odniesieniu do czyszczenia toalety - bez względu na rodzaj czyszczenia - Zamawiający wymaga uzupełnienia środków higieny osobistej (pakiet sanitarny) obejmujące: mydło w płynie, papier toaletowy - 1 rolka, ręczniki - 1 paczka, użycie środka zapachowego (odświeżacz powietrza w aerozolu) (vide: Załącznik nr 1 do SIWZ, s. 35 i 42). W okresie realizacji zamówienia czyszczeniu podlega 7573 wagonów. Należy wskazać, że większość wagonów posiada dwie toalety. Przyjmując średni wskaźnik 1,5 toalety na wagon oraz ceny, podane przez ZUZ w ofercie, koszt pakietu sanitarnego w okresie realizacji zamówienia przedstawia się następująco:

- koszt jednego pakietu sanitarnego po odliczeniu marży ZUZ w wysokości 12% wskazanej w wyjaśnieniach wynosi 4,46 zł. Na koszt ten składają się:
 - i. papier toaletowy - 1 rolka - 1 zł;
 - ii. mydło w płynie lub w kostce - 2 zł;
 - iii. ręczniki - 1 paczka - 2 zł;
- mnożąc koszt jednego pakietu sanitarnego razy liczbę wagonów i szacunkową liczbę toalet w wagonie otrzymujemy łączny koszt w wysokości 50.663,37 zł. Koszt ten – zdaniem Odwołującego - nie został uwzględniony w kalkulacji.

Zdaniem Odwołującego złożone wyjaśnienia potwierdzają, że wykonawca nie uwzględnił w pozycji wynagrodzenia rzeczywistych i zgodnych z obowiązującym prawem kosztów wykonania zamówienia.

Następnie Odwołujący stwierdził, że oferta Konsorcjum J. również nie jest właściwie skalkulowana i zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Szacunkowa wartość zamówienia w zakresie części 2 ustalona przez Zamawiającego z należytą starannością wynosiła 1.578.937,00 zł opcja brutto. Konsorcjum J. złożyło ofertę z najniższą ceną opiewającą na 820.132,50 zł opcja brutto - cena ta była o 48% niższa od wartości szacunkowej zamówienia.

Biorąc pod uwagę przedmiot i specyfikę zamówienia oraz relację ceny zaoferowanej przez Konsorcjum J. do wartości szacunkowej zamówienia, wątpliwe jest zdaniem Odwołującego, aby wykonawca zrealizował umowę zgodnie z wytycznymi SIWZ bez poniesienia strat finansowych.

Konsorcjum J. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 4 listopada 2016 r. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w trybie art. 90 ust. 1 i 1a PZP, nie udzieliło w ocenie Odwołującego, wyczerpujących wyjaśnień w zakresie elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny.

W świetle złożonych przez Konsorcjum J. wyjaśnień nie jest możliwe przyjęcie, że wykonawca wykazał, że cena oferty nie jest rażąco niska, tj. nie obalił on domniemania rażąco niskiej ceny. Zasadnicze znaczenie dla takiego twierdzenia mają następujące okoliczności, tj. ogólny charakter wyjaśnień oraz brak przedstawienia jakichkolwiek okoliczności, które miały wpływ na obniżenie ceny oraz w jakim zakresie okoliczności te wpłynęły na obniżenie ceny oferty.

Odwołujący podnosił, że wykonawca w swoich wyjaśnieniach w ogóle nie wskazuje na planowane oszczędności metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, czy też pomoc publiczną, którą wykonawca wykorzysta na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia. Wyjaśnienia te nie odwołują się do jakiegokolwiek z okoliczności wymienionych przykładowo przez ustawodawcę w treści art. 90 ust. 1 pkt 1 PZP, a jedynie ograniczają się do próby uzasadnienia kalkulacji planowanych przez wykonawcę kosztów realizacji zamówienia, która to kalkulacja tylko potwierdza zarzut rażącego i niedopuszczalnego zaniżenia oferowanej ceny przez tego wykonawcę.

Odwołujący twierdził również, że obligatoryjne elementy zamówienia, takie jak najem pomieszczeń, woda, prąd, koszt odbioru odpadów, szkolenia torowe, ubrania robocze - niezbędne do jego prawidłowego wykonania, nie zostały w ogóle uwzględnione w kalkulacji przedstawionej przez Konsorcjum J..

Cena oferty powinna obejmować całkowite koszty wykonania przedmiotu świadczenia, tj. wykonania wszystkich obowiązków leżących po stronie wykonawcy określonych w SIWZ, w tym również wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu tych

obowiązków (vide: SIWZ rozdział XIV). Brak powyższych elementów sprawia, że poczynione przez wykonawcę założenia co wysokości zaoferowanej ceny są nierealne.

Istotnym błędem w kalkulacji oferty złożonej przez Konsorcjum J. – w opinii Odwołującego - jest sposób wyliczenia roboczogodzin przeznaczonych do realizacji usługi, polegający na braku uwzględnienia w kalkulacji informacji zawartych w harmonogramach. Konsorcjum J. w założeniach obliczenia ceny ofertowej wskazuje, że każdy wagon czyszczony jest przez 2 osoby, co jest zgodne z treścią złożonej oferty. W opisie procesu technologicznego świadczenia usługi” wykonawca wskazuje, że do realizacji usługi deleguje „brygady” i „grupy pracowników”, co wskazuje bezpośrednio na minimum 2-osobowy skład pracowników delegowanych do czyszczenia. Również w „Opisie wewnętrznego systemu kontroli jakości”, wykonawca zadeklarował nadzór w każdej lokalizacji.

Dobowy czas realizacji usługi w poszczególnych lokalizacjach na podstawie dokumentacji przetargowej wynosi:

- Poznań-21 godzin(od 10.20 do 7.00 rano dnia następnego);
- Ostrów Wielkopolski - 4 godziny (od 22.50 do 3.00 dnia następnego);
- Gorzów Wielkopolski - 4,5 godziny (13.30 - 14.30 oraz 22.00 — 01.30);
- Zielona Góra - 10 godzin (10.50 - 17.00 oraz 22.00 - 02.00).

Stosując założenia ujęte w wyjaśnieniach, przyjęte przez Konsorcjum J. wyliczenie kosztu roboczogodziny przedstawia się następująco:

- Łącznie dobowo do realizacji usługi przyjęte zostało 39,5 godzin. Mając na uwadze zadeklarowane przez wykonawcę 2 osoby delegowane do czyszczenia wagonów - powinno być minimum 79 roboczogodzin w ciągu doby.
- Wyliczenia konsorcjum J. według założeń i przedstawionej koncepcji w wyjaśnieniach z dnia 09.11.2016, ilość dni w okresie realizacji zamówienia wynosi 172. Mnożąc tę wartość razy 79 roboczogodzin otrzymujemy 13.588 roboczogodzin w okresie trwania zamówienia. Z kolei 13.588 roboczogodzin w okresie trwania zamówienia pomnożonych razy 16,76 zł, tj. koszt jednego pracownika wskazany w wyjaśnieniach złożonych przez Konsorcjum J. daje kwotę 227.734,88 zł.
- Wyliczenia konsorcjum J. według kalkulacji przedstawionej w wyjaśnieniach z dnia 09.11.2016 W okresie realizacji zamówienia Zamawiający wymaga 1055 czyszczeń codziennych. Mnożąc tę kwotę razy 33,53 zł - koszt pracy dwóch osób przypadających na jeden wagon czyszczenia codziennego otrzymujemy całkowity koszt w wysokości 35.374,15 zł.

- W okresie realizacji zamówienia Zamawiający wymaga 6518 czyszczeń pobieżnych. Mnożąc tę kwotę razy 16,76 zł - koszt pracy jednej osoby na jeden wagon czyszczenia pobieżnego otrzymujemy całkowity koszt w wysokości 109.241,68 zł.
- Łącznie konsorcjum J. niedoszacowało 83.119,05 zł. Kwota ta powinna zostać dodatkowo powiększona o 15% narzut kosztów ogólnozakładowych i 10% narzut kosztów pośrednich doliczanych w kalkulacji do każdej roboczogodziny.

Celem potwierdzenia powyższych wyliczeń w ocenie Odwołującego zasadne jest podanie przykładu Poznania:

- Czyszczeń codziennych: 1008 x (1 godzina x 2 osoby);
- Czyszczeń pobieżnych: 2351 x (1 godzina x 1 osoba);
- Łączna liczba godzin na obydwie rodzaje czyszczeń w okresie realizacji zamówienia: 4367 roboczogodzin.
- 4367 roboczogodzin dzielone przez 172 dni realizacji zamówienia daje wynik 25,3 roboczogodzin dziennie.

Odwołujący wskazywał, że zgodnie z harmonogramem sprzątanie w P. odbywa się 21 godzin na dobę, wykonawca J. przeznaczając na tę czynność 25,3 roboczogodzin. Zgodnie z ofertą wykonawcy, każdy wagon ma być sprzątnięty przez 2 osoby, w tym osoby sprzątające, koordynatorzy i nadzór. Usługa w sposób oczywisty nie może być w ten sposób zrealizowana, gdyż jak wynika z powyższych obliczeń na każdej zmianie pracowałyby tylko 1 osoba, co jest niezgodne ze złożoną ofertą. Wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum J. potwierdzają zatem, że wykonawca popełnił błąd w założeniach kalkulacji usługi, a cena oferty jest rażąco niska.

Zdaniem Odwołującego brak dostatecznych wyjaśnień powinien skutkować odrzuceniem oferty przez Zamawiającego w oparciu o art. 90 ust. 3 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 4 i 6 Pzp. Pomimo, że ZUZ oraz Konsorcjum J. nie obaliły domniemania rażąco niskiej ceny, Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty, naruszając art. 90 ust. 3 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 4 i 6

Pzp.

Ponadto Odwołujący twierdził, że PKP naruszyło art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, który nakazuje Zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zamawiający zaniechał odrzucenia ofert zawierających rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także błędy w obliczeniu ceny lub kosztu oraz

dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej oferty, której realizacja zgodnie z wytycznymi SIWZ bez poniesienia strat finansowych jest wysoce wątpliwa. W ocenie Odwołującego takie działania Zamawiającego są sprzeczne z przepisami Pzp i stanowią naruszenie jednej z naczelnych zasad prawa zamówień publicznych - zasady uczciwej konkurencji. Jednocześnie uniemożliwiają one Zamawiającemu uzyskanie zamówienia na warunkach dla niego najkorzystniejszych.

W dniu 9 grudnia 2016 r. do Izby w formie pisemnej, ze strony wykonawcy ZUZ, wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 20 grudnia 2016 r. do Izby - ze strony ZUZ - wpłynęło pismo procesowe wraz z dowodami w postaci załączników do pisma.

W toku rozprawy Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego. Również ZUZ złożył, w formie pisemnej kolejne pismo procesowe.

KIO 2295/16

W dniu 5 grudnia 2016 r. Konsorcjum ZUP wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej – w zakresie zadania nr 3 - odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności podjętych przez Zamawiającego oraz zaniechań w postępowaniu, tj. od:

- zaniechania ujawnienia i udostępnienia całości oferty (Załącznik — „Opis procesu technologicznego” oraz Załącznik - „Opis wewnętrznego systemu kontroli jakości”) i wyjaśnień złożonych przez I.F. na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w postępowaniu;
- czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1-3 Pzp, art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. nr 153, poz. 1503 z późn. zm. („u.z.n.k.”) oraz art. 7 ust. 1 PZP, poprzez ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, skutkujące zaniechaniem

ujawnienia i udostępnienia całości oferty oraz wyjaśnień złożonych przez I.F. w celu ustalenia czy oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w sytuacji, gdy zastrzeżenie części oferty i wyjaśnień I.F., dotyczących ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa było niezasadne i nieudowodnione;

2. art. 7 ust 1 i 3 Pzp w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:
 - a) odtajnić część oferty, tj. Załącznik - „Opis procesu technologicznego” i Załącznik - „Opis wewnętrznego systemu kontroli jakości” oraz wyjaśnienia złożone przez I.F. na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp;
 - b) unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu;
 - c) powtórzyć czynność badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wyjaśniał, że decyzja Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu jest wadliwa z uwagi na naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1-3 Pzp, art. 11 ust. 4 u.z.n.k. i art. 7 ust. 1 Pzp, przez ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia. Wyjaśniał, że I.F. zastrzegło treść załączników do złożonej oferty - „Opis procesu technologicznego” oraz „Opis wewnętrznego systemu kontroli jakości” jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto, przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej, Zamawiający wezwał I.F. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny stosownie do art. 90 ust. 1 Pzp, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. I.F. złożyło dokument, który w całości zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego zastrzeżenie załączników do oferty oraz wyjaśnień I.F., dotyczących ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa było niezasadne i nie udowodnione. Zamawiający w niniejszym postępowaniu, nie dokonał merytorycznej oceny wyjaśnień I.F. pod kątem wystąpienia przesłanek, skutkujących możliwością pozostawiania ich w poufności. Zamawiający nie zbadał wystarczająco dokładnie, czy wybrany w procedurze wykonawca skutecznie zastrzegł, iż całość jego wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

W opinii Odwołującego dokonane zastrzeżenie było niezasadne, a wybrany w postępowaniu wykonawca I. nie udowodnił, dlaczego informacje zawarte w wyjaśnieniach dotyczących ceny oferty miałyby być w całości utajnione. I.F. poprzestało wyłącznie na stwierdzeniu, że zastrzeżone informacje dotyczą informacji handlowych i organizacyjnych przedsiębiorstwa, których ujawnienie godziłoby w jego interes. Jednocześnie wykonawca nie załączył żadnych dowodów, które potwierdzałyby, iż złożone wyjaśnienia mają dla niego wartość gospodarczą. Zdaniem Odwołującego Zamawiający niesłusznie uznał przedstawione wyjaśnienia za wystarczające.

W szeregu orzeczeń Krajowa Izba Odwoławcza prezentuje pogląd, że przez wykazanie, iż informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, należy rozumieć przedstawienie konkretnych okoliczności i dowodów na ich poparcie.

W przypadku informacji dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, I.F. nie udowodniło, iż podjęto w stosunku do takich informacji niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Należy zauważyć, że I.F. nie przedstawiło żadnych dowodów na to, że informacje dotyczące ceny oferty mają dla niego wartość gospodarczą, techniczną, technologiczną czy organizacyjną. Stwierdziło jedynie, że podjęło stosowne kroki zmierzające do zachowania ich w poufności. Miało się to odbyć poprzez wprowadzanie klauzuli o zachowaniu tajemnicy przedsiębiorstwa w umowach o pracę.

I.F. złożyło zatem wyjaśnienia w zakresie konieczności zastrzeżenia informacji, jednak wyjaśnienia te nie są wystarczające dla uznania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ nie przedstawiło ono dowodów na potwierdzenie swoich wyjaśnień. Odwołujący twierdził, że I.F. nie wykazał Zamawiającemu dlaczego w ramach niniejszego postępowania przetargowego ujawnienie zastrzeżonych informacji mogłoby wyrządzić mu szkodę i w czym tę szkodę upatruje.

W ocenie Odwołującego analiza uzasadnienia I.F., zawartego w piśmie z dnia 2 listopada 2016 r. oraz 10 listopada 2016 r., prowadzi do wniosku, że wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę nie zawierały jakichkolwiek informacji które wypełniałyby dyspozycję definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Uzasadnienie było lakoniczne, ogólne i zawierało informacje możliwe do złożenia de facto w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W rezultacie bezpodstawnego ograniczenia dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, Zamawiający zaniechał ujawnienia i udostępnienia Odwołującemu całości wyjaśnień złożonych przez I. w celu ustalenia czy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Odwołującego utajnione informacje mogły mieć wpływ na przyznanie I.F. przez Zamawiającego aż 20% punktów za kryteria pozacenowe, czyli aż 1/5 wysokości wszystkich możliwych punktów do otrzymania w postępowaniu.

Naruszenie art. 8 ust. 1 i 3 Pzp przez zaniechanie odtajnienia oferty I. może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Ustalenie, że Zamawiający wbrew przepisom Pzp zaniechał

uznania za bezskuteczne zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa może doprowadzić do konieczności nakazania Zamawiającemu dokonania tej czynności. Powyższe umożliwi innym wykonawcom skuteczne skorzystanie ze środków ochrony prawnej w takim zakresie, w jakim nie mogli skorzystać z nich wcześniej.

Następnie Odwołujący wskazywał, że PKP naruszyło art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, który nakazuje Zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zamawiający naruszył zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez rozstrzygnięcie postępowania pomimo tego, że cena oferty I.F., jako oferty najkorzystniejszej przewyższała kwotę jaką Zamawiający przeznaczył na finansowanie zamówienia. Jednocześnie należy zauważyć, że w zakresie zadania nr 1 postępowanie zostało unieważnione z tej właśnie przyczyny.

Działanie Zamawiającego należy uznać za dowolne i sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji. Prowadzi ono do wypaczenia procedury, jaką jest postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i dlatego takie przypadki naruszania zasady uczciwej konkurencji powinny być kontrolowane i sankcjonowane ze szczególną starannością. Działanie Zamawiającego, musi zostać ocenione negatywnie.

Celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest umożliwienie wydatkowania środków publicznych w sposób przejrzysty i maksymalnie efektywny. Cel ten pozwala osiągnąć sformalizowana procedura, która z jednej strony umożliwia szerokiemu gronu potencjalnych wykonawców wziąć udział w postępowaniu, np. poprzez preferowanie procedury przetargu nieograniczonego, z drugiej strony - ma za zadanie zapewnić równe warunki udziału w postępowaniu dla wszystkich wykonawców. Naruszenie tej procedury przez zamawiającego - oprócz oczywistego naruszenia interesów wykonawców ubiegających się o zamówienie — obraca się także przeciwko samemu Zamawiającemu.

W dniu 7 grudnia 2016 r. do Izby, w formie pisemnej - ze strony I.F. - wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W toku rozprawy Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego. Również I.F. złożył pismo procesowe.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz

przystępujących złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba nie podziela stanowiska prezentowanego w sprawie o sygn. akt KIO 2295/16 przez Zamawiającego oraz I.F., którzy twierdzili, że Odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia ani nie może ponieść szkody w związku z hipotetycznym naruszeniem przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego, albowiem jego oferta przewyższa kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i jednocześnie Zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny oferty Odwołującego.

Izba wskazuje, że wykonawca Konsorcjum ZUP złożył ofertę w ramach prowadzonego postępowania (część trzecia), która w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania, w świetle obowiązujących kryteriów oceny ofert, być może, mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Zatem Odwołujący wykazał w ten sposób, że może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy Pzp, gdyż pozbawiony został możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba nie podziela argumentacji prezentowanej przez Zamawiającego i wykonawcę I.F., zasadzającej się na tym, że Odwołującemu nie przysługuje prawo do skorzystania z środka ochrony prawnej w postaci odwołania, bowiem Odwołujący nie może ponieść szkody, z uwagi na to, że jego oferta przewyższa kwotę którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a zatem brak jest możliwości zawarcia z Odwołującym umowy.

Po pierwsze Izba wskazuje, że okoliczność podnoszone przez Zamawiającego pozostają bez wpływu na ziszczenie się przesłanek w zakresie badania interesu wykonawcy do skorzystania ze środka ochrony prawnej. Po drugie Izba wskazuje, że interes wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia jest badany z uwzględnieniem terminu złożenia odwołania.

Po trzecie twierdzenia Zamawiającego, że nie może zwiększyć kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia są jedynie jego oświadczeniem, które może podlegać zmianie, z uwagi chociażby na zmianę okoliczności, związanych z możliwością uzyskania dodatkowych środków. Tym samym na obecnym etapie nie można kategorycznie wykluczyć, że niemożliwym jest rozstrzygnięcie postępowania na korzyść Odwołującego, a następnie zawarcia z nim ważnej umowy.

Jedynie dodatkowo i na marginesie Izba zwraca uwagę, że w omawianym przypadku Zamawiający dopiero w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że nie posiada możliwości zwiększenia kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wobec tego w terminie składania odwołania, Odwołujący nie mógł wiedzieć, że Zamawiający nie będzie mógł dokonać zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Powołana powyżej argumentacja Izby jest zbieżna z argumentacją wyrażoną w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 7 marca 2016 r. o sygn. akt KIO 184/16.

Wobec uznania, że Odwołujący w obu sprawach posiadają interes w zakresie skorzystania ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania. Izba kolejno zbadała zasadność zgłoszonych zarzutów w obu sprawach i uznała, że nie zasługują one na uwzględnienie.

KIO 2293/16

Izba, dokonując oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stwierdziła, że zarzuty w zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp opisane w odwołaniu nie potwierdziły się.

Z ustaleń Izby wynika, że w ramach prowadzonego postępowania Zamawiający podzielił zamówienie na trzy zadania, z których zadanie nr 2 dotyczyło świadczenia usługi na terenie Z.Z.. Zamawiający ustalił wartość zamówienia netto z prawem opcji na kwotę 1 287 406 zł, co stanowi kwotę 1 578 937,47 zł brutto.

W ramach zadania nr 2 do Zamawiającego wpłynęły oferty trzech wykonawców, opiewające na następujące kwoty brutto (z prawem opcji):

1. ZUZ – 714 489,80 zł.
2. Konsorcjum J. – 820 132,50 zł.
3. I.F. – 1 094 055,06 zł.

Kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia była taka sama, jak wartość szacunkowa wraz z należnym podatkiem VAT i wynosiła 1 578 937,47 zł brutto.

Zamawiający pismami z dnia 4 listopada 2016 r., na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, wezwał wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w ramach zadania nr 2 - do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty, tj. świadczenia usługi utrzymania w czystości taboru kolejowego na terenie Z.Z. w związku z faktem iż cena lub kwota lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Zamawiający wskazał, że zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny lub kosztu, w szczególności:

1. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200 poz. 1679 z 2004 r. Nr 240 poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);
2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3. wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4. wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
5. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że w wyznaczonym terminie wszyscy wezwani wykonawcy złożyli wyjaśnienia wraz z przedstawieniem sposobu kalkulacji poszczególnych grup kosztów, występujących w rozpoznawanym postępowaniu.

W toku rozprawy do Izby złożono następujące dowody:

1. Harmonogram czyszczenia taboru kolejowego – Załącznik do umowy Nr CRU-K/C/25/2015, ważny od dnia 11.12.2016 r. do 11.03.2017 r. Punkt czyszczenia: Ostrów Wlkp.
2. Harmonogram czyszczenia składów w st. Ostrów Wlkp.
3. Wyciągi z umów: m. in.: 4) Umowa nr KW/2016/200 zawarta ze spółką K.W. na usługi kompleksowego utrzymania w czystości pojazdów kolejowych m in. w punktach

czyszczeń Poznań i Ostrów Wlkp.; 5) Umowa nr KIZ01.21.62.2016.CS/3 zawarta z PKP S.A. na świadczenie usługi sprzątanania w budynkach dworców kolejowych i na terenach do nich przyległych m. in. Dworzec Poznań Główny; Umowa nr KIZ01.21.65.2016.CS/3 zawarta z PKP S.A. na świadczenie usługi sprzątanania w budynkach dworców kolejowych i na terenach do nich przyległych m. in. Dworzec Gorzów Wlkp.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, iż z dniem 28 lipca 2016 r. brzmienie art. 90 ustawy uległo zmianie w wyniku wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020).

W świetle znowelizowanej treści przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3. wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4. wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
5. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Natomiast według art. 90 ust. 1a Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1. wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o

udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

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

Wobec tego Izba uznała, że przepis art. 90 ust. 1 Pzp stanowi generalną zasadę, wskazującą na podstawę wystąpienia przez Zamawiającego do konkretnego wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień, odnoszących się do podejrzenia wystąpienia w jego ofercie rażąco niskiej ceny lub kosztu. Jego treść wręcz zobowiązuje Zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, jeżeli cena lub koszt oferty, lub ich istotne części składowe w opinii Zamawiającego, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wobec tego wskazać należy, że obowiązek żądania wyjaśnień jest w pełni zależny od Zamawiającego i występuje w przypadku, gdy Zamawiający oceniając oferty wykonawców powźmie wątpliwości co całej cenie lub koszt oferty, lub ich istotnych części składowych.

Niezależnie od dyspozycji art. 90 ust. 1 Pzp ustawodawca uszczegółowił wskazaną generalną zasadę występowania z żądaniem wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, przez regulacje zawarte w art. 90 ust. 1a Pzp, wskazując na szczególne przypadki, w których żądanie złożenia wyjaśnień może być konieczne. Należy podkreślić, że ww. przepis w pkt 1) nakłada na Zamawiającego obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, natomiast w pkt 2) istnieje taka możliwość. Te szczególne przypadki ustawodawca odniósł do wartości matematycznie przeliczanych, pozostawiając jednak zamawiającym możliwość ich oceny w konkretnym przypadku.

Treść art. 90 ust. 1 a Pzp odnosi się bowiem do szczególnej okoliczność, jaka może świadczyć o rażąco niskiej cenie, tj. gdy:

1. cena całkowita danej oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert;
2. cena całkowita danej oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z

uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych.

Z powyższego wprost wynika różnice na poziomie minimum 30%, występujące w cenie całkowitej oferty należy odnosić: w stosunku do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert oraz do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania.

Izba wyjaśnia, że jeśli mówimy o różnicy w stosunku do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług należy wziąć pod uwagę szacunkową wartość zamówienia (bez podatku od towarów i usług), ustaloną z należytą starannością przed wszczęciem postępowania zgodnie z przepisami art. 32 i nast. ustawy Pzp. Zatem jest to wartość, którą Zamawiający przyjął na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dla ustalenia zasad i progów, na jakich dane postępowanie ma być prowadzone. Następnie, dla celów porównywalności z ceną ofertową, ustaloną wartość przedmiotu zamówienia (podstawowego, ewentualnie części zamówienia) należy, zgodnie z przywołaną regulacją ustawy, powiększyć o należny podatek od towarów i usług.

W ocenie Izby nie wymaga szerszego komentarza sytuacja związana z odnoszeniem się do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, gdyż Zamawiający w tym przypadku powinien dokonać porównania matematycznego ceny ofertowej do średniej cen złożonych w postępowaniu ofert.

Zaś co do kwestii wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania to Izba zwraca uwagę na treść opinii, wydanej przez Urząd Zamówień Publicznych, w której stwierdzono: „(...) zauważyć należy, że ustawodawca wprowadził w tym zakresie nowy instrument służący badaniu, czy cena ofertowa nie jest rażąco niska. Ustawodawca, wskazując na wartość zamówienia z całą pewnością miał na myśli – tak jak to ma miejsce w przypadku regulacji zawartej w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp – szacunkową wartość zamówienia bez podatku od towarów ustaloną z należytą starannością przed wszczęciem postępowania na podstawie art. 32 i nast. ustawy Pzp, którą zamawiający dla celów porównywalności ma obowiązek powiększyć o należny podatek od towarów i usług. Wartość ta jako punkt wyjścia powinna być brana pod uwagę przez zamawiającego, który zdecyduje się dokonać jej aktualizacji w trakcie trwania procedury udzielenia zamówienia publicznego. Aktualizacja tej wartości sprowadza się do wzięcia pod uwagę przez zamawiającego zmian zachodzących w gospodarce, w szczególności istotnej zmiany cen

rynkowych, z którymi możemy mieć do czynienia w szczególności w trakcie długotrwałej procedury udzielania zamówienia publicznego, kiedy od szacunku wartości zamówienia do oceny ofert upłynął znaczny okres, w czasie którego nastąpiła znacząca zmiana sytuacji na rynku towarów i usług, czy też powyższe jest wynikiem nagłej zmiany w tym zakresie, nie wynikającej z upływu czasu”.

Izba podziela również wnioski płynące z przywołanej powyżej opinii UZP, w której stwierdzono: „Wszystkie wskazane wyżej mierniki nie mają, zgodnie ze znowelizowanymi przepisami ustawy Pzp, charakteru automatycznego i bezwzględnego do zastosowania, tzn. wypełnienie się którejkolwiek ze wskazanych okoliczności (różnica 30% w cenie oferty badanej w stosunku do któregośkolwiek ze wskazanego wyżej mierników) nie powoduje konieczności każdorazowego wezwania wykonawcy do wyjaśnień podejrzenia rażąco niskiej ceny. W każdym bowiem przypadku zamawiający indywidualnie powinien dokonać oceny, czy określona okoliczność, w stanie faktycznym konkretnej sprawy, skutkuje powstaniem owego podejrzenia. W przypadku miernika wynikającego z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, związanego z wartością zamówienia powiększoną o wartość podatku VAT i średnią arytmetyczną wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, kiedy wartość oferty odbiega o minimum 30% od tych mierników zamawiający może nie korzystać z procedury żądania od wykonawców wyjaśnień, jeżeli wskazane rozbieżności wynikają z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Oczywistość takich okoliczności oznacza, że wiadomość o nich rozwiewa wszelkie wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Z sytuacją taką będziemy mieli do czynienia przykładowo kiedy wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania została przeszacowana, tj. ustalona na znacząco wyższym poziomie niż wynikałoby to z realiów rynkowych a złożone w postępowaniu oferty potwierdzają tę sytuację. Z podobną sytuacją mamy do czynienia w przypadku miernika, o którym mowa w art. 90 ust. 1a pkt 2 ustawy Pzp. Przepis ten daje zamawiającemu prawo a nie obowiązek wystąpienia do wykonawcy z żądaniem wyjaśnienia podejrzenia rażąco niskiej ceny, jeżeli uzna to za stosowne w określonych realiach. Z taką sytuacją możemy mieć do czynienia przykładowo, kiedy wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania straciła na swojej aktualności po wszczęciu postępowania, w szczególności na etapie składania ofert, kiedy zamawiający dokonuje ich badania i oceny”. (opinia Urzędu Zamówień Publicznych zamieszczona na stronie internetowej <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-2/badanie-razaco-niskiej-ceny-oferty-po-nowelizacji>)

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy Izba po zbadaniu całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie nie stwierdziła wypełnienia się przesłanek, opisanych w art. 89 ust. 1 pkt 4 i 6 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, skutkujących koniecznością odrzucenia ofert wykonawców: ZUZ oraz Konsorcjum J..

Na wstępie Izba zwraca uwagę na wyjaśnienia Zamawiającego, opisane w odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający w treści pisma stwierdził: „ (...) dokonał znacznego przeszacowania wartości zamówienia w zakresie części 2 przedmiotu zamówienia - tj. świadczenie usług utrzymania w czystości taboru kolejowego na terenie Z.Z..

Zamówienie zostało podzielone na 3 zadania, z których zadanie nr 2 dotyczyło świadczenia usługi na terenie Z.Z.. Zamawiający ustalił wartość zamówienia netto z prawem opcji na kwotę 1 287 406 zł (co stanowi 1 578 937,47 zł brutto).

Zamawiający dokonał szacowania, które polegało na wyliczeniu liczby wagonów kursujących we wszystkich uruchamianych pociągach w nowym rozkładzie jazdy z podziałem na lokalizacje, w których te wagony będą czyszczone. Założono jedno czyszczenie każdego wagonu na każdy dzień jego kursowania (wzięto pod uwagę rzeczywiste terminy kursowania z zarysu rozkładu jazdy 2016/2017). Rodzaj wykonanego czyszczenia zależał od zaplanowanego w zarysie rozkładu jazdy czasu postoju składu na stacji docelowej, długości relacji, stopnia jego zabrudzenia oraz innych czynników. W związku z tym, w wybranych lokalizacjach rozdzielono łączną liczbę czyszczeń na czyszczenia codzienne i pobieżne. Zakres czyszczenia codziennego obejmuje czyszczenie blisko 80 elementów wyposażenia wagonu min. drzwi wejściowe, osygnalizowanie pociągu, okna, ramy okienne, półki bagażowe, grzejniki i ich obudowy, wyświetlacze elektroniczne. W ramach czyszczenia codziennego wykonuje się również wodowanie i odfekalnianie wagonu. Podczas szacowania Zamawiający zakładał realizację czyszczenia codziennego w pełnym zakresie tj, wraz z odfekalnianiem. Czyszczenie pobieżne ma bardzo ograniczony zakres gdyż obejmuje około 35 elementów wyposażenia wagonu. W ramach czyszczenia pobieżnego czyści się te elementy, z którymi podróżni mają bezpośredni kontakt. Podczas czyszczenia pobieżnego nie wykonywane są czyszczenia elementów, które zajmują najwięcej czasu przeznaczonego na czyszczenie np. mycie okien, ścianek, grzejników wraz z obudowami. Zakres czyszczenia pobieżnego nie zawiera również czynności wodowania i odfekalniania.

Dla oszacowania przyjęto poziom cen dla danej lokalizacji z ówczesnie obowiązujących umów. W lokalizacjach, w których nie wykonywano jakiegoś rodzaju czyszczenia w ramach ówczesnych umów, a w postępowaniu zaplanowano nowy rodzaj

czyszczenia wyliczono cenę jako stosunek ceny czyszczenia pobieżnego do codziennego lub odwrotnie z lokalizacji w ramach Zakładu, w której były wykonywane oba rodzaje czyszczenia.

Szacowanie odbyło się 31 sierpnia 2016 roku na podstawie zarysu rozkładu jazdy 2016/2017. W związku z tym, iż posługiwano się zarysem rozkładu jazdy, w którym ilość uruchamianych pociągów, ich zestawienie oraz lokalizacje, w których odbywa się czyszczenie są planem, a nie ostateczną wersją Zamawiający był świadomy ryzyka zmian tych parametrów. Mimo powyższego ryzyka przyjęto, iż oszacowanie powinno być najbardziej jak to możliwe precyzyjne i oddające najszerszy zakres usług.

Zamawiający po zatwierdzeniu kwot oszacowania przez Zarząd i Radę Nadzorczą, a przed wszczęciem postępowania dokonał modyfikacji zakresu zamówienia, które to modyfikacje wpływały na jego wartość. Dokonano dwóch istotnych zmian:

- w ramach Z.Z. Zamawiający zobowiązał się do zapewnienia usługi usuwania nieczystości płynnych z wagonów z zamkniętym obiegiem (odfekalnianie) we własnym zakresie; w zależności od stawek jednostkowych za czyszczenie codzienne udział kosztu usługi odfekalniania w tych cenach waha się od blisko 24% do 32%;
- ze względu na zmiany w kolejnych wersjach rozkładu jazdy dokonano zmiany proporcji rozkładu czyszczeń codziennych względem pobieżnych; dla przykładu: pierwotnie zakładano, iż w Ostrowie Wielkopolskim będzie czyszczone 80% taboru w ramach czyszczenia codziennego a 20% w ramach czyszczenia pobieżnego; po zmianach w rozkładzie jazdy ustalono podział czyszczeń w proporcji 5% czyszczenia codzienne, 95% czyszczenia pobieżne; zmiana ta powoduje spadek wartości czyszczenia dla stacji Ostrów Wielkopolski o 43%.

Same tylko powyższe dwie zmiany spowodowały realne zmniejszenie wartości szacunkowej wartości zamówienia o 354 943,56 zł brutto.

Z uwagi na obowiązujące u Zamawiającego wewnętrzne procedury związane z zatwierdzaniem kwot oszacowania przez organy Spółki, oraz konieczność pilnego uruchomienia postępowania, pomimo wskazanych wyżej zmian w zakresie zamówienia, nie dokonywano już zmiany w szacowaniu wartości zamówienia pozostawiając je na dotychczasowym poziomie”.

Powyższe wyjaśnienia zostały podtrzymane przez Zamawiającego w roku rozprawy. Z argumentacji przedstawionej przez Odwołującego wynikało również, że nie kwestionuje on tego, iż wartość zamówienia w zadaniu nr 2 została przeszacowana, gdyż w toku rozprawy

wskazał: „Odwołujący nie kwestionuje słuszności argumentacji Zamawiającego, dotyczącej szacowania zamówienia, zgadzając się z tym, że wartość jest przeszacowana. Natomiast biorąc pod uwagę przepisy Pzp to po wszczęciu postępowania Zamawiający nie miał już możliwości zmiany tej wartości”.

W związku z powyższym Izba stanęła na stanowisku, że skoro w rozpoznawanej sprawie wartość szacunkowa, powiększona o należny podatek VAT, została w znacznym stopniu przeszacowana, to nie jest ona wielkością niemiarodajną i nie może stanowić właściwego punktu odniesienia, służącego stwierdzeniu, czy oferty wykonawców ZUZ i Konsorcjum J., zawierają rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby podkreślenia wymaga, że wartości ofert, złożonych w postępowaniu w ramach zadania nr 2 są do siebie zbliżone (ZUZ – 714 489,80 zł., Konsorcjum J. – 820 132,50 zł., I.F. – 1 094 055,06 zł.) co wysoce uprawdopodabnia, że odzwierciedlają realny, rynkowy poziom wartości zamówienia. Powyższe potwierdza także argumentacja Zamawiającego, który porównał koszty wskazywane przez tych wykonawców z kosztami, ponoszonymi przez Zamawiającego, w ramach realizacji czyszczenia taboru siłami własnymi. Analiza porównawcza doprowadziła Zamawiającego do wniosku, że czyszczenia realizowane przez Zamawiającego siłami własnymi są porównywalne pod względem kosztowym z usługami świadczonymi przez ZUZ i Konsorcjum J.. Zamawiający podał, że średni jednostkowy koszt czyszczenia wagonu w Zakładzie Centralnym wyniósł w analizowanym okresie 53,32 zł. Natomiast dla poszczególnych wykonawców jednostkowy koszt czyszczenia wagonu wynosił odpowiednio: ZUZ - ok. 44 zł, Konsorcjum J. – ok. 41,40 zł.

W związku z tym, Izba uznała za słuszne i prawidłowe działanie Zamawiającego, który korzystając z posiadanej wiedzy o poziomie kosztów, ponoszonych w Zakładzie Centralnym przyjął, że przedstawione przez ZUZ i Konsorcjum J. wyjaśnienia nie odbiegają w sposób znaczący od wydajności osiąganey obecnie w Zakładzie Centralnym, co sprawia, że wyjaśnienia te są wiarygodne i wystarczające.

Oceniając treść wyjaśnień, złożonych przez wykonawców ZUZ oraz Konsorcjum J. na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp Izba przede wszystkim zwraca uwagę na treść wezwania z dnia 4 listopada 2016 r., wystosowanego przez Zamawiającego, które miało charakter ogólny i praktycznie ograniczało się do powielenia treści przepisu art. 90 ust. 1 Pzp. W jego treści Zamawiający nie wskazał jakie były powody i okoliczności, które wzbudziły jego wątpliwości co do realności cen, zaoferowanych przez wykonawców ZUZ oraz Konsorcjum J.. Zatem z

treści tak skonstruowanego wezwania nie sposób z całą pewnością wywieść, który z elementów ceny i dlaczego - czy też cena jako całość - budził wątpliwości Zamawiającego.

Wobec tego nie dziwi fakt, że w odpowiedzi na blankietową treść wezwania Zamawiającego, wyjaśnienia wykonawców ZUZ i Konsorcjum J. mają charakter ogólnych i nie odnoszą się szczegółowo do poszczególnych kwestii, gdyż Zamawiający nie wskazał ich szczegółowo w treści wezwania. Jednakże przy tym podkreślenia wymaga, że w złożonych wyjaśnieniach ZUZ wprost twierdził, że zaoferowana przez niego cena jest ceną właściwie skalkulowaną i nie jest wartością rażąco niską. Ponadto wyjaśniał, że cena została obliczona na podstawie rzeczywistych kosztów zatrudnienia w oparciu o wartość minimalnego wynagrodzenia za pracę (jeden etat: 2000,00 zł brutto + składki ZUS 20,01 % = 2400,20 zł), zużycia materiałów, kosztów wody i odfekalniania, wywozu śmieci oraz kosztów najmu – szczegółowe wyjaśnienia zawiera tabela (załącznik nr 1 – Szczegółowe zestawienie kosztów wykonania usługi utrzymania w czystości taboru kolejowego). ZUZ dodatkowo wskazywał, że posiada wieloletnie doświadczenie (chyba największe w kraju) w wykonywaniu usług utrzymania w czystości taboru kolejowego, co pozwoliło wypracować szczególnie wydajne i oszczędne metody sprzątania oraz wysokie rabaty na specjalistyczne środki chemiczne oraz urządzenia niezbędne do sprzątania taboru. Ponadto wyjaśniał, że we wszystkich punktach czyszczeń objętych zadaniem nr 2, tj. w P., Zielonej Górze, Ostrowie Wlkp. i Gorzowie Wlkp. Wykonuje prace związane z czyszczeniem taboru na rzecz innych przewoźników bądź utrzymaniem czystości dworców bądź okolic dworców PKP i pomieszczeń biurowych, co pozwala ZUZ optymalnie dobierać wykorzystanie czasu pracy pracowników. W ocenie ZUZ jest to bardzo ważny czynnik „około” cenotwórczy, gdyż pozwala na elastyczne dostosowanie się do bardzo zróżnicowanych godzin czyszczeń taboru P.I.. Wraz z wyjaśnieniami zawartymi w piśmie z dnia 7 listopada 2016 r. ZUZ przekazał Zamawiającemu, w formie załącznika nr 1, powołane powyżej, „Szczegółowe zestawienie kosztów wykonania usługi utrzymania w czystości taboru kolejowego”. W treści zestawienia wykonawca przedstawił szczegółowe dane oraz poszczególne grupy kosztów w odniesieniu do określonego punktu czyszczeń.

Nie bez znaczenia jest również, że w złożonych wyjaśnieniach ZUZ wskazywał, że ceny wszystkich ofert, złożonych w ramach zadania nr 2, znacznie odbiegają od wartości, która Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, która jest taka sama jak wartość szacunkowa powiększona o należny podatek VAT i wynosi 1 578 937,47 zł brutto. Zdaniem Izby z powyższego należy wywieść, że ZUZ w złożonych wyjaśnieniach wskazywał, że zaoferowana przez niego cena jest ceną rynkową, podobnie jak pozostałe zawarte w ofertach Konsorcjum J. oraz I. Facilityty.

Izba nie podzieliła także stanowiska Odwołującego, który twierdził, że ZUZ w kalkulacji kosztów nie uwzględnił kosztów wynikających z przepisów prawa pracy i przepisów o ubezpieczeniu społecznym oraz kosztu środków higieny osobistej w zakresie czyszczenia codziennego i pobieżnego.

Izba w tym zakresie podziela stanowisko prezentowane przez Zamawiającego oraz ZUZ, którzy zgodnie twierdzili, że z wyjaśnień wykonawcy wynika, że w cenie złożonej oferty uwzględnił on wszystkie wymagane przez Zamawiającego koszty, w tym również koszty, wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o ubezpieczeniu społecznym oraz koszty środków higieny osobistej w zakresie czyszczenia codziennego i pobieżnego.

Izba uznała za wiarygodne wyjaśnienia ZUZ, odnoszące się do kosztów osobowych, gdyż z treści załącznika nr 1 do złożonych wyjaśnień (opisanego powyżej) wynika, że ZUZ zamierza zatrudnić nowe osoby w ilości 19 etatów (suma zatrudnienia ilość etatów). Powyższe zostało również potwierdzone w toku rozprawy przez ZUZ. Ponadto wykonawca powoływał się na tzw. „efekt synergii”, gdyż posiada pracowników z innych kontraktów, którzy mieliby wykonywać usługi na rzecz Zamawiającego. Powyższe pozwoliło ZUZ zoptymalizować zarządzanie zasobami ludzkimi, bowiem w takim przypadku wykonawca jest w stanie efektywniej zarządzać czasem pracy, nie uchybiając przy tym urlopom, a w konsekwencji ma to wpływ na znaczne zmniejszenie kosztów pracowniczych. Twierdzenia ZUZ, powołane powyżej, znajdują odzwierciedlenie w treści załącznika nr 1 do wyjaśnień oraz z złożonych dowodach w formie wyciągów z umów (pkt 5 i 6), które co prawda zostały zawarte już po terminie składania ofert, ale z ich treści wprost wynika, że są realizowane od 01.11.2016 r. (§ 2 Termin realizacji zamówienia). W związku z tym Izba stanęła na stanowisku, że ZUZ był uprawniony do uwzględnienia ich treści przy sporządzaniu kalkulacji. W toku rozprawy ZUZ oświadczył, że koszty dodatku w porze nocnej zostały ujęte dla każdej z lokalizacji w tabeli a pozostałe koszty w pkt 7.

W zakresie kwestii tzw. „pakietów sanitarnych” Izba nie podziela argumentacji prezentowanej przez Odwołującego, który twierdził, że w SIWZ Zamawiający zawarł wymaganie, dotyczące założenia przez wykonawcę nowej rolki papieru. Z powyższego Odwołujący wywodził, że uzupełnieniu w pakietach sanitarnych może podlegać jedynie mydło. Pozostałe produkty mają być produktami nowymi.

W toku rozprawy Zamawiający złożył wyjaśnienia o następującej treści: „Dla przykładu podaje, że jeżeli chodzi o papier toaletowy to kierownicy pociągów w przypadku zgłoszenia są zobowiązani uzupełnić papier, który jest w ich posiadaniu a zatem nierzadko zdarza się, że toaleta nie wymaga uzupełnienia papieru. Ponadto Zamawiający zwraca

uwagę, że nie można czynić założenia, że w każdym wagonie są dwie toalety, ponieważ wagony bez przedziałowe posiadają tylko jedną toaletę. Zaś co do ręczników to Zamawiający twierdził, że nie wymagał za każdym razem włożenia do bindy całego kompletu nowego ręczników a celem było jedynie ich uzupełnienie do pełnej wartości. Zatem skoro część ręczników będzie się znajdowała w urządzeniu to należy je tylko uzupełnić. Inne postępowanie byłoby zwyczajnie nieracjonalne. W związku z tym Zamawiający uznał, że przyjęcie przez Przystępującego kosztów związanych z pakietami sanitarnymi na poziomie jednej toalety jest jak najbardziej dopuszczalne i racjonalne”.

Zdaniem Izby analiza postanowień siwz przy uwzględnieniu wyjaśnień Zamawiającego prowadzi do odmiennych wniosków, niż te, powoływane przez Odwołującego. Otóż w treści załącznika nr 1 (str. 42) w kolumnie „środki higieny osobistej pakiet sanitarny” Zamawiający podał m. in.: „(...) uzupełnienie papieru toaletowego (na uchwycie „roboczym” założona nowa rolka papieru, do podajnika na ręczniki papierowe włożona jedna paczka ręczników (...)). W ocenie Izby z powyższego nie sposób wywieść, że w pakietach sanitarnych za każdym razem uzupełnieniu może podlegać jedynie mydło, natomiast pozostałe produkty mają być produktami nowymi. W kontekście wyjaśnień Zamawiającego, przeczy temu stwierdzenie „uzupełnienie papieru toaletowego”, które w ocenie Izby należy rozumieć w ten sposób, że nową rolkę papieru należy założyć tylko wówczas, gdy produkt wymaga uzupełnienia. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że całkowicie nieracjonalne i nieekonomiczne byłoby uzupełnianie papieru toaletowego, który wcześniej już został uzupełniony w np. ramach tzw. sprzątnia w biegu. Analogiczną argumentację należy zastosować do uzupełniania ręczników papierowych w toaletach.

W zakresie przyjęcia przez ZUZ nierynkowych cen kosztu wywozu śmieci oraz kosztu najmu pomieszczeń Izba uznała twierdzenia Odwołującego za gołosłowne, gdyż Odwołujący poza własnymi twierdzeniami nie przedstawił żadnych dowodów w tym zakresie.

Odnosząc się zaś do zarzutów w stosunku do wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum J. Izba wskazuje, że wykonawca wraz z pismem z dnia 9 listopada 2016 r. złożył szczegółową, kilkustronicową kalkulację usługi w której przedstawił określone grupy kosztów dla poszczególnych punktów czyszczeń.

W omawianym zakresie Izba w pełni podziela stanowisko prezentowane przez Zamawiającego, wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, któremu w toku rozprawy Odwołujący nie zaprzeczył. Zamawiający twierdził, że „wszystkie obligatoryjne koszty wchodzące w skład usługi czyszczenia taboru zostały ujęte w otrzymanych wyjaśnieniach. Koszty związane z najmem pomieszczeń nie są kosztem obligatoryjnym, gdyż Zamawiający

w dokumentacji przetargowej nie wskazał na konieczność zapewnienia przez wykonawcę pomieszczeń. Ponadto prąd i woda wykorzystywane do procesu czyszczenia mogą być pobiera bezpośrednio z wagonów/członów pociągu, za co Wykonawca nie jest obciążany dodatkowymi kosztami. Zamawiający uznał, że we wskazanych wyjaśnieniach koszt odbioru odpadów został uwzględniony w kosztach wybierania nieczystości z w wagonów z zamkniętym obiegiem. Zamawiający uznał, że oferent niefortunnie nazwał tę kategorię, ale wartości wskazane w kategorii są zgodne z potencjalnymi ponoszonymi za odbiór odpadów. Zamawiający uznał, że we wskazanych wyjaśnieniach koszt szkoleń pracowników i ubrań roboczych został uwzględniony w kosztach wynagrodzeń”.

W związku z powyższym Izba uznała, że nie potwierdziły się zarzuty, dotyczące zaniechania odrzucenia oferty ZUZ oraz Konsorcjum J. podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i 6 Pzp i art. 90 ust. 3 Pzp. W konsekwencji nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp.

.KIO 2295/16

Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1- 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 u.z.n.k oraz art. 7 ust. 1 Pzp. W oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba uznała, że zgłoszone zarzuty w całości nie potwierdziły się.

Zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, Izba przytacza przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie Zamawiającemu zarzucał Odwołujący.

Na wstępie wyjaśnić należy, że treść art. 8 ust. 1 Pzp formułuje zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia.

Wyjątek od powyższej zasady wprowadza art. 8 ust. 3 Pzp, który stanowi, że 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 udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 3, co oznacza, że wykonawca nie może zastrzec nazwy (firmy), adresu oraz informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofercie.

W świetle art. 11 ust. 4 ustawy u.z.n.k. przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Wobec tego, aby określoną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa, muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki:

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

Zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Izba wskazuje, że zgodnie z wyrażoną w art. 8 ust. 1 Pzp zasadą postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Wobec tego, wyjątki od tej zasady winny być ściśle uzasadnione, a wykonawcy z daleko posuniętą ostrożnością powinni decydować o zastrzeżeniu poszczególnych informacji w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Podkreślić należy, że tajemnicą przedsiębiorstwa nie mogą być objęte wszystkie informacje, jakie zostaną za takie uznane przez podmiot, który nimi dysponuje. Podmiot ten musi być przygotowany na uzasadnienie wartości tych informacji, a przede wszystkim ich wyjątkowego charakteru, jaki uzasadnia konieczność ich utajnienia już na etapie składania ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe wskazać należy, że treść przepisu art. 8 ust. 3 Pzp, w przypadku zamiaru zastrzeżenia przez wykonawcę określonych informacji zawartych w ofercie, z uwagi na zawartą w nich tajemnicę przedsiębiorstwa, nakłada na wykonawcę, już na etapie składania oferty, obowiązek zadeklarowania jakie dokumenty i w jakim zakresie są objęte ww. tajemnicą. Podkreślić należy, że jednocześnie ze złożeniem oświadczenia wykonawca powinien wykazać, że zastrzeżone informacje, spełniają łącznie wszystkie przesłanki wymienione w przepisie art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Zatem niezbędne jest nie tylko sprecyzowanie rodzaju informacji, ale przede wszystkim wykazanie przez wykonawcę, iż

posiada ona konkretną wartość gospodarczą oraz, że wykonawca podjął działania mające na celu zachowanie w poufności takiej informacji.

Rolą Zamawiającego w takim przypadku jest przeprowadzenie każdorazowo indywidualnego badania, odnoszącego się do każdego z dokumentów zastrzeżonych. Celem weryfikacji powinno być rozstrzygnięcie kwestii, czy spełnione zostały wszystkie przesłanki konieczne do uznania określonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy stwierdzić należy, że w rozpoznawanej sprawie osiłą sporu jest rozstrzygnięcie kwestii, związanej tym, czy wykonawca I.F., w toku prowadzonego postępowania wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy u.z.n.k.? Izba stanęła na stanowisku, wykonawca I.F. w sposób prawidłowy wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Na wstępie wskazać należy, że ocenie Izby w ramach postępowania odwoławczego, podlegała prawidłowość czynności Zamawiającego, polegającej na ocenie tego, czy wykonawca I.F., w toku postępowania o udzielenie zamówienia, wykazał Zamawiającemu, czego wymaga art. 8 ust. 3 Pzp, że zastrzeżone przez niego informacje posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym zasługują na ochronę.

W ocenie Izby wykonawca I.F. w złożonych wyjaśnieniach wykazał, że informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach, tj.: część oferty: Załącznik - „Opis procesu technologicznego” i Załącznik - „Opis wewnętrznego systemu kontroli jakości” oraz wyjaśnienia złożone przez I.F. na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, spełniają wszystkie przesłanki konieczne do skutecznego zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Po pierwsze wskazać należy, że informacje zawarte w tych dokumentach są informacjami o metodologii realizacji zamówienia, a także zawierają wyjaśnienia dotyczące kalkulacji ceny. W tym miejscu przywołać należy wyjaśnienia wykonawcy I.F. złożone w toku rozprawy, który twierdził, „że jest wykonawcą „korporacyjnym”, dlatego też w poszczególnych krajach funkcjonują odrębnie specyficzne dokumenty w postaci opisu pewnych procesów i wykonawca, który chciał się ubiegać o usługę sprzątnia musiał wytworzyć również specyficzne procedury, które zostały zawarte w opisach, dlatego też jest to unikatowe rozwiązanie charakterystyczne dla tego wykonawcy. Dodatkowo Przystępujący wyjaśnia, że w poszczególnych postępowaniach zamawiający precyzują różne wymagania i każdorazowo wykonawca dostosowuje dokumenty do tych wymagań. Tak też jest w tym przypadku”.

Odnosząc się zaś do zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, treści wyjaśnień udzielonych na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp Izba stwierdziła, że wyjaśnienia I.F., zawierają nie tylko informacje w zakresie sposobu kalkulacji ceny ofertowej, ale również szereg innych, szczegółowych informacji, chociażby takich, jak informacje, związane z dostawami poszczególnych materiałów, a także informacje o podwykonawcach.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że zastrzeżone przez I.F. informacje bez wątplenia mają dla wykonawcy wartość gospodarczą. Tym samym ujawnienie, opisanych powyżej informacji, stwarzałoby możliwość ich wykorzystania przez konkurencję, co bez wątplenia naraziłoby wykonawcę I.F. na poniesienie szkody.

Po drugie, w złożonych wyjaśnieniach wykonawca I.F. podał, że zastrzeżone przez niego informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej i podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności. W omawianym zakresie powoływał się na klauzule, zawierane w umowach o pracę, a także na związanie umową o zachowaniu w poufności, zawartą ze spółką A., która została przekazana Zamawiającemu wraz z wyjaśnieniami z dnia 10 listopada 2016 r. Powyższe wyjaśnienia Izba uznała za wiarygodne i przekonujące. W szczególności, że Odwołujący w toku rozprawy, poza własnymi twierdzeniami, nie przedłożył żadnego dowodu, wskazującego na to, iż opisywane powyżej informacje są informacjami ogólnodostępnymi w sferze publicznej.

Podsumowując Izba potwierdziła prawidłowość czynności Zamawiającego, który uznał, że wykonawca I.F. w terminie określonym przez art. 8 ust. 3 Pzp wykazał, że informacje zawarte w informacji zawarte w zastrzeżonych dokumentach, tj.: część oferty: Załącznik - „Opis procesu technologicznego” i Załącznik - „Opis wewnętrznego systemu kontroli jakości” oraz wyjaśnienia złożone przez I.F. na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, spełniają wszystkie przesłanki konieczne do skutecznego zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W związku z tym Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1- 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 u.z.n.k oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 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).

Przewodniczący: