

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 13 lipca 2020 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 22 czerwca 2020 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

**Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich Kogeneracja S.A., ul. Łowiecka 24, 50-220 Wrocław** (dalej „Zamawiający”)

dotyczących *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* (dalej także „Informacja”) z dnia 10 czerwca 2020 r. (znak: KND/24/20/DKZP)

w przedmiocie postępowania na:

„Usługi letniego i zimowego utrzymania terenów zewnętrznych oraz porządkowania i pielęgnacji terenów zielonych w PGE Energia Ciepło S.A., PGE Paliwa Sp. z o.o., Zespole Elektrociepłowni Wrocławskich Kogeneracja S.A.”

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

<b>Przewodniczący:</b>	Klaudia Szczytowska-Maziarz
<b>Członkowie:</b>	Monika Szymanowska
	Agnieszka Trojanowska

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego do wskazanych w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* naruszeń nie zasługują na uwzględnienie.**

## Uzasadnienie

### I.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „Kontrolujący”) przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem były „Usługi letniego i zimowego utrzymania terenów zewnętrznych oraz porządkowania i pielęgnacji terenów zielonych w PGE Energia Ciepło S.A., PGE Paliwa Sp. z o.o., Zespole Elektrociepłowni Wrocławskich Kogeneracja S.A.”, w wyniku której sporządzono Protokół Kontroli Doraźnej KND/24/20/DKZP (dalej „Protokół”), Informację i zarzucono Zamawiającemu – w zakresie części 5 – naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843.):

1. art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Amlux sp. z o.o. który nie wykazał, że złożona przez tego wykonawcę oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia,
2. art. 96 ust. 3 w związku z art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp w związku z § 4 ust. 1 i ust. 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2016 r. poz. 1128) oraz w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1010), poprzez odmowę udostępnienia niezwłocznie dokumentów stanowiących załączniki do protokołu postępowania nieobjętych wyłączeniem jawności.

### II.

Informację Kontrolujący przesłał Zamawiającemu przy piśmie z 10 czerwca 2020 r.

Zamawiający, pismem z 22 czerwca 2020 r. (wpływ do Kontrolującego 24 czerwca 2020 r.), wniósł zastrzeżenia (dalej „Zastrzeżenia”) w odniesieniu do zarzucanych mu naruszeń.

Pismem z 1 lipca 2020 r. Kontrolujący odniósł się do Zastrzeżeń Zamawiającego, podtrzymując swoje stanowisko.

### III.

Izba, na podstawie dokumentów przekazanych przez Zamawiającego Kontrolującemu, Protokołu, Informacji oraz Zastrzeżeń, a także stanowiska Kontrolującego zajętego po złożeniu Zastrzeżeń uznała przypisanie Zamawiającemu wskazanych w Informacji naruszeń za zasadne.

Izba – w odniesieniu do obu stwierdzonych naruszeń – podzieliła argumentację prezentowaną przez Kontrolującego w Informacji, jak i argumentację pogłębioną Kontrolującego, ujętą w piśmie z dnia 1 lipca 2020 r., uznając ją za własną.

W odniesieniu do naruszenia art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Amlux sp. z o.o., który nie wykazał, że złożona przez tego wykonawcę oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia Izba podkreśla, że złożonym przez wykonawcę Amlux sp. z o.o. wyjaśnieniom należy przypisać charakter uniwersalny, a to ze względu na ich „adekwatność”, „aktualność” we wszystkich postępowaniach, w których oferty składa wykonawca w szczególności Amlux sp. z o.o. o tożsamym albo zbliżonym rodzajowo przedmiocie zamówienia.

Uznanie, że zaoferowana cena jest realna, ponieważ wykonawca poddał przedmiot zamówienia szczegółowej analizie, legitymuje się doświadczeniem w realizacji usług objętych przedmiotem zamówienia i przygotował ofertę rzetelnie, prowadzioby do absurdalnego i sprzecznego z praktyką rynku zamówień publicznych wniosku, że standardem tego rynku jest składanie ofert nierzetelnych, bez analizy oczekiwań zamawiającego, przez firmy bez wymaganego przez zamawiającego, choćby minimalnego, doświadczenia.

Wskazywane przez wykonawcę okoliczności mające wpływ na wysokość zaoferowanej przez niego ceny muszą, aby pozwoliły uznać jej realny charakter, zostać powiązane z konkretnymi podawanymi przez wykonawcę pozycjami kalkulacji ceny ofertowej. Wyjaśnienie sposobu kalkulacji ceny nie polega na wskazaniu okoliczności, które zdaniem wykonawcy należy wyliczyć, a na wykazaniu, że dostępne składającemu wyjaśnienia wykonawcy szczególne warunki pozwoliły na zaoferowanie ceny w wysokości wskazanej w ofercie. Innymi słowy, bez powiązania konkretnych czynników mających wpływ na cenę z jej składnikami, zamawiający nie ma możliwości weryfikacji czy indywidualne okoliczności dostępne wykonawcy faktycznie mają wpływ na jej wysokość.

Posługując się przykładami zaczerpniętymi z wyjaśnień wykonawcy Amlux sp. z o.o., tj. co do ponad dwudziestoletniej praktyki spółki, posiadania mobilnej grupy operacyjnej, czy „znaczącego parku maszynowego” Izba wskazuje, że okolicznościom tym wykonawca (skoro uznaje je za właściwe tylko jemu i mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny) winien „przypisać” znaczenie – wskazać ich odzwierciedlenie w wysokości ceny ofertowej (np. osiągnięte z tego tytułu oszczędności, brak konieczności ponoszenia kosztu maszyn, obniżenie ceny ze względu na możliwe odliczenia, etc.).

Odnosząc się uzupełniająco do „bardzo konkurencyjnych cen zakupu” sprzętu oraz środków czystości (abstrahując nawet od tego, czy załączona do wyjaśnień faktura dotyczy środków przydatnych do realizacji tego zamówienia), zauważyć należy, że czynienie atutu z możliwości ich nabycia po cenach niższych „niż ogólnie dostępne na rynku” jest o tyle niezrozumiałe, że wykonawcy – profesjonaliści w tej branży, nie dokonują – co oczywiste – zakupów po cenach powszechnie dostępnych na rynku, a uzyskują od swoich kontrahentów rabaty i upusty od cen ogólnodostępnych.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, iż „wyniki kontroli opierają się na błędnym ustaleniu stanu faktycznego” – Zamawiający bowiem błędnie uznał, że Kontrolujący w Informacji zarzucił mu, iż ten winien „zastosować” wyrok zapadły w sprawie o sygn. akt KIO 2454/19, odnoszący się do części 3 zamówienia, także do części 5 (co ze względu na wcześniejsze zawarcie umowy w części 5 nie było możliwe).

W ocenie Izby stanowisko Kontrolującego zawarte w Informacji nie dawało ku temu podstaw, ponieważ wskazano tam jedynie na adekwatność argumentacji z ww. wyroku – „przywołana argumentacja Krajowej Izby Odwoławczej znajduje zasadniczo uznanie również w odniesieniu do stanu faktycznego w zakresie części 5 przedmiotowego zamówienia, przede wszystkim ze względu na fakt, iż opisowa część wyjaśnień wykonawcy Amlux zawartych w piśmie z dnia 4 października 2019 r. jest wspólna zarówno dla części 3 jak i części 5 danego zamówienia.”

Odnosząc się do eksponowanego przez Zamawiającego faktu, iż żaden wykonawca w zakresie części 5 nie złożył odwołania, co miałoby – jak się wydaje – uzasadniać wniosek o zgodności czynności Zamawiającego z przepisami o zamówieniach publicznych, Izba zauważa niekonsekwencję stanowiska Zamawiającego, polegającą na tym, że o ile z brakiem wniesienia odwołania przez któregokolwiek z wykonawców Zamawiający wiąże ocenę wykonawców o zgodności działań z prawem, o tyle z brakiem wniesienia przez siebie skargi na wyrok o sygn. akt KIO 1454/19 nie wiąże oceny o niezgodności swoich działań z prawem, stwierdzając lakonicznie, że „nie zdecydował się na wniesienie skargi”, wobec czego wykonał nakazane przez Izbę czynności w części 3 postępowania, podkreślając uprzednio, że „Wyrazem słuszności decyzji Zamawiającego była decyzja żeby nie uwzględniać odwołania wykonawcy wniesionego w części 3 postępowania, lecz wnosić o jego oddalenie”.

W odniesieniu do naruszenia art. 96 ust. 3 w związku z art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp w związku z § 4 ust. 1 i ust. 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2016 r. poz. 1128) oraz w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1010), poprzez odmowę udostępnienia niezwłocznie dokumentów stanowiących załączniki do protokołu postępowania nieobjętych wyłączeniem jawności Izba jedynie uzupełniająco zauważa:

- co do wyjaśnień wykonawcy Amlux sp. z o.o. w zakresie zaoferowanej ceny – Zamawiający, podając uzasadnienie zachowania informacji z tychże wyjaśnień w poufności błędnie przyjął, o czym była mowa w odniesieniu do pierwszego z naruszeń, że wyjaśnienia te były rzeczowe i konkretne, a przez to zasługiwały na ochronę,
- co do wykazu usług i referencji złożonych przez wykonawcę Amlux sp. z o.o. – Zamawiający, podając uzasadnienie zachowania informacji z tychże w poufności stwierdził, że *„Zastrzeżone dane dotyczą podmiotów niepublicznych, z którymi Wykonawca może mieć zawarte umowy, w których zobowiązuje się do utrzymania w tajemnicy wszelkich informacji związanych z realizowanymi na ich rzecz usługami.”*, nie wskazując, jaka treść zastrzeżenia poczynionego przez wykonawcę Amlux sp. z o.o. dała mu podstawę do wniosku, że takie właśnie umowy zawarł ten wykonawca, kiedy objęcie danych tajemnicą gospodarczą należy udowodnić, co tym bardziej czyni bezpodstawne działania zamawiającego niezrozumiałymi.

Na marginesie Izba zwraca uwagę, że udostępnienie wyjaśnień wykonawcy Amlux sp. z o.o. innym wykonawcom (w części 5 zamówienia) w dniu 19 grudnia 2019 r., tj. po zawarciu przez Zamawiającego umowy w tej części (co miało miejsce 22 listopada 2019 r.) pozostaje niespójne ze stanowiskiem zamawiającego, prezentowanym co do pierwszego z naruszeń, że *„Z chwilą zawarcia bowiem umowy kończy się postępowanie o udzielenie zamówienia (...)”*.

Uwzględniając argumentację Kontrolującego ujętą w Informacji, piśmie Kontrolującego z dnia 1 lipca 2020 r. oraz powyższą argumentację uzupełniającą, Izba orzekła jak w sentencji, uznając, że Zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....