

Sygn. akt KIO 3324/20

KIO 3383/20

WYROK

z dnia 15 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Anna Packo**

Protokolant: **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2021 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 14 grudnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **DGP Clean Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Partner Medica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, SEBAN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, 7 MG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, DGP PROVIDER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy** (sygn. KIO 3324/20),
- B. w dniu 21 grudnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **DGP Clean Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Partner Medica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, SEBAN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, 7 MG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, DGP PROVIDER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy** (sygn. KIO 3383/20)

w postępowaniu prowadzonym przez **Izbę Administracji Skarbowej w Poznaniu**

przy udziale wykonawców:

- A. **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „CZA-TA” N. Spółka jawna z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim** zgłaszającego przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. KIO 3324/20 i KIO 3383/20 po stronie zamawiającego,
- B. **K. A. i M. A., wspólników spółki ECO spółka cywilna K. A., M. A. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. KIO 3383/20 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni oba odwołania i nakazuje Izbie Administracji Skarbowej w Poznaniu:

- 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach zamówienia nr 1, 2, 3 i 6,**
- 1.2. powtórzenie badania i oceny ofert w częściach zamówienia nr 1, 2, 3 i 6, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Uslugowe „CZA-TA” N. Spółka jawna w częściach nr 3 i 6 zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,**
- 1.3. ujawnienie wyjaśnień wykonawcy K. A. i M. A., wspólników spółki ECO spółka cywilna K. A., M. A. z 26 października 2020 r., za wyjątkiem podmiotów, od których pochodzą załączone do wyjaśnień faktury,**

2. kosztami obu postępowań obciąża Izbę Administracji Skarbowej w Poznaniu i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DGP Clean Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Partner Medica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, SEBAN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 7 MG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, DGP PROVIDER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania o sygn. KIO 3324/20,**
- 2.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DGP Clean Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Partner Medica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, SEBAN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 7 MG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, DGP PROVIDER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania o sygn. KIO 3383/20,**
- 2.3. zasądza od Izby Administracji Skarbowej w Poznaniu na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DGP Clean Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Partner Medica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, SEBAN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 7 MG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, DGP PROVIDER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 18 960 zł 23 gr (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt złotych dwadzieścia trzy grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione**

z tytułu wpisu od odwołania oraz dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie o sygn. KIO 3324/20,

- 2.4. zasądza od Izby Administracji Skarbowej w Poznaniu na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DGP Clean Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Partner Medica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, SEBAN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 7 MG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, DGP PROVIDER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 18 960 zł 23 gr (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt złotych dwadzieścia trzy grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie o sygn. KIO 3383/20.**

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) 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:

Sygn. akt: KIO 3324/20

KIO 3383/20

U z a s a d n i e

Zamawiający – Izba Administracji Skarbowej w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie „usługi sprzątania obiektów Izby Administracji Skarbowej w Poznaniu oraz podległych jednostek na terenie woj. Wielkopolskiego” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 24 sierpnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 163-396702. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego – odwołanie sygn. KIO 3324/20

Odwoływający – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia DGP Clean Partner Sp. z o.o., Medica Sp. z o.o., SEBAN Sp. z o.o., 7 MG Spółka z o. o., DGP PROVIDER Sp. z o. o. wniósł odwołanie, w zakresie części (zadania) nr 3, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust.1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „CZA-TA” N. Spółka jawna zwanego dalej „Przystępującym CZA-TA” lub „Wykonawcą CZA-TA”, pomimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”), w szczególności załącznika nr 1 oraz załącznika nr 6b (wzór umowy), Zamawiający wskazywał bowiem w SIWZ na zamówienie podstawowe i możliwość skorzystania z opcji, a w ofercie otrzymał wycenę sprowadzającą się do realizacji niemalże w całości zamówienia w ramach zamówienia podstawowego. Powyższe zaistniało na skutek błędnego założenia metodologicznego tkwiącego w sposobie wyliczenia ceny ofertowej tj. wykonawca nie kalkulował w ramach podanych cen jednostkowych za usługę wszelkich kosztów realizacji danej pozycji objętej wyceną w formularzu ofertowym, nie widział konieczności ujęcia w pozycjach odnoszących się do zamówienia podstawowego oraz zamówienia objętego prawem opcji kosztów realizacji wycenianej usługi (poprzez przypisanie ich do konkretnej wyszczególnionej pozycji w formularzu ofertowym), wykonawca jako wiążącą traktował wyłącznie podaną cenę brutto za całość usługi, natomiast podane ceny w odniesieniu do zamówienia podstawowego oraz zamówienia z prawem opcji traktował niejako pomocniczo i nie widział konieczności ujęcia w nich pełnych kosztów

realizacji usługi, tym samym np. wszelkie koszty pracownicze, koszty wydziałowe, administracyjne, zysk zostały ujęte wyłącznie w cenie zamówienia podstawowego, brak ich w cenie za usługi świadczone w ramach prawa opcji;

2. art.90 ust.3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 w zw. z art. 90 ust. 1 i ust. 1a w zw. z art. 7 ust.1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę w sytuacji, gdy:

a) wykonawca złożył nierzetelne, wybiórcze, ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia, a przede wszystkim nie przedstawił żadnych dowodów uzasadniających podniesione przez siebie twierdzenia w zakresie ceny, a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w tym istotnej części składowej ceny tj. ceny za zamówienie objęte prawem opcji,

b) wykonawca nie skalkulował pełnego zakresu przedmiotu zamówienia i nie jest on w stanie wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, w szczególności z uwagi na: konieczność zapewnienia pracownikom praw pracowniczych, uwzględnienia wynikających z SIWZ kosztów pracowniczych i innych elementarnych składników ceny,

c) wykonawca nie skalkulował pełnego zakresu istotnej części składowej ceny, tj. ceny jednostkowej odnoszącej się do części 3.1. formularza ofertowego obrazującego cenę za zamówienie objęte prawem opcji m.in. z przyczyn wskazanych powyżej, jak również z uwagi na błąd metodologiczny tkwiący w sposobie wyliczenia ceny ofertowej, tj. nie kalkulował w ramach podanych cen jednostkowych za usługę wszelkich kosztów realizacji danej pozycji objętej wyceną w formularzu ofertowym, nie widział konieczności ujęcia w pozycji odnoszących się do zamówienia podstawowego oraz zamówienia objętego prawem opcji kosztów realizacji wycenianej usługi (poprzez przypisanie ich do konkretnej wyszczególnionej pozycji w formularzu ofertowym), wykonawca jako wiążącą traktował wyłącznie podaną cenę brutto za całość usługi, natomiast podane ceny w odniesieniu do zamówienia podstawowego oraz zamówienia z prawem opcji traktował niejako pomocniczo i nie widział konieczności ujęcia w nich pełnych kosztów realizacji usługi, tym samym np. wszelkie koszty pracownicze, koszty wydziałowe, administracyjne, zysk zostały ujęte wyłącznie w cenie zamówienia podstawowego, brak ich w cenie za usługi świadczone w ramach prawa opcji;

c) a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty, mimo iż oferta ta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w tym cenę rażąco niską za prawo opcji, mimo iż wykonawca nie udźwignął ciężącego na nim ciężaru udowodnienia, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

d) wybór oferty wykonawcy, mimo iż oferta ta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w tym cenę rażąco niską za prawo opcji, mimo iż wykonawca nie

udźwignął ciężącego na nim ciężaru udowodnienia, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, Zamawiający tym samym wbrew dyspozycji art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, mimo iż wykonawca nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu, a tym samym nie obalił domniemania, że cena oferty jest rażąco niska,

e) przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na ocenie ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę,
2. dokonania ponownej oceny ofert, w tym: odrzucenie oferty wykonawcy, wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego,
3. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa prawnego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z punktem 3.12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zastrzega sobie prawo ewentualnego zwiększenia wielkości zakresu zamówienia podstawowego w ramach prawa opcji. Szczegółowe uregulowania w tym zakresie zawierają załączniki do SIWZ – załącznik nr 1 (opis przedmiotu zamówienia) i załączniki nr 6A i 6B (wzory umów). Zgodnie z rozdziałem 12. specyfikacji istotnych warunków zamówienia ceną oferty, odrębnie dla każdej części zamówienia, jest cena ryczałtowa brutto uwzględniająca podatek VAT według stawki obowiązującej na dzień terminu składania ofert. Cena oferty obejmuje wszystkie zobowiązania wykonawcy wynikające z przedmiotu zamówienia, musi być podana w złotych cyfrowo (kwota brutto), zaokrąglona do dwóch miejsc po przecinku na każdym etapie przeliczania. Cena podana w ofercie powinna obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia w sposób rzetelny i zgodny z doświadczeniem zawodowym wykonawcy oraz warunkami stawianymi przez Zamawiającego w dokumentacji SIWZ. W § 3 umowy Zamawiający zastrzega sobie prawo ewentualnego zwiększenia wielkości zamówienia podstawowego w ramach prawa opcji, którego wymiar wskazano w formularzu ofertowym. Tym samym całkowita wartość zamówienia stanowić będzie sumę wartości zamówienia podstawowego i zamówienia, które ewentualnie zostanie udzielone przy wykorzystaniu prawa opcji. Skorzystanie przez Zamawiającego z prawa opcji powoduje, iż wykonawca zobowiązany jest realizować dotychczasowy przedmiot umowy powiększony o czynności przewidziane dla prawa opcji (powiększony zakres czynności). Dodatkowo czynności wykonywane będą na warunkach przewidzianych dla prawa opcji (np. zwiększona

częstotliwość wykonywania usług). W ramach prawa opcji znajduje się zakres czynności wskazany w punkcie III opisu przedmiotu zamówienia. Korzystając z prawa opcji Zamawiający może zlecić wykonawcy realizację zadań objętych prawem opcji w stosunku do wszystkich obiektów objętych umową lub do wybranych obiektów z grupy objętej umową. Ponadto uruchomienie prawa opcji może nastąpić w każdym okresie obowiązywania umowy i obejmować niepełny wymiar czasu (np. 7 dni, 14 dni, itp.). Wykonawca zobowiązany jest do rozpoczęcia świadczenia usług objętych prawem opcji najpóźniej drugiego dnia roboczego o godzinie 9:30, od dnia liczonego po dniu, w którym Zamawiający poinformował wykonawcę o uruchomieniu prawa opcji. W sytuacji skorzystania z prawa opcji np. w wymiarze jednego pełnego miesiąca kalendarzowego, wykonawcy za ten konkretny miesiąc świadczenia usługi przysługiwać będzie wynagrodzenie miesięczne ryczałtowe wskazane w ofercie wykonawcy w części dotyczącej prawa opcji. Jeżeli uruchomienie prawa opcji nastąpi w trakcie obowiązywania okresu rozliczeniowego (miesiąc kalendarzowy), wynagrodzenie wykonawcy stanowić będzie sumę wynagrodzenia przysługującego za świadczenie usługi w ramach zamówienia podstawowego za cały okres rozliczeniowy (pełny miesiąc) oraz wynagrodzenia za dni, w których świadczył usługi w ramach prawa opcji. Wynagrodzenie za świadczenie usługi w ramach prawa opcji liczone będzie zgodnie z mechanizmem wskazanym w § 8 ust. 10. W przypadku nieskorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji, wykonawcy nie przysługuje żadne roszczenie z tego tytułu. Skorzystanie z prawa opcji przez Zamawiającego i realizacja przez wykonawcę zamówienia złożonego przez Zamawiającego w ramach prawa opcji odbywać się będzie na zasadach i warunkach przewidzianych dla zamówienia podstawowego

W § 6 umowy wskazano, że maksymalna wartość umowy wynosi ... zł brutto, na którą to kwotę składają się: 1) wartość zamówienia podstawowego w kwocie ... zł brutto liczonego w następujący sposób: a) 12 miesięcy świadczenia usługi utrzymania czystości obiektów oraz terenów przyległych ... – cena brutto ... zł (wynagrodzenie osobno wskazane dla każdego z urzędów w części przedmiotu zamówienia, której niniejsza umowa dotyczy), 2) wartość zamówienia w ramach prawa opcji w kwocie ... zł brutto za maksymalny wymiar czasu świadczenia usługi – 12 miesięcy. Cena obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia oraz należny podatek VAT.

Zgodnie z § 7 umowy należność za usługę regulowana będzie przez Zamawiającego z dołu, na podstawie comiesięcznie faktury VAT, z wyszczególnieniem ceny dla każdej jednostki skarbowej wchodzącej w zakres umowy.

Powyższe koreluje z treścią formularza ofertowego, w którym Zamawiający osobno oczekiwał wyceny zamówienia podstawowego, osobno podania ceny za zamówienie objęte prawem opcji: „Cena ryczałtowa brutto: Część 3 + Części 3.1. ... zł zgodnie z poniższym wyliczeniem: Zamówienie podstawowe: CZĘŚĆ 3 (zgodnie z pkt I OPZ) Tabela do wpisania

cen za poszczególne jednostki w ujęciu miesięcznym i 12 miesięcznym Prawo opcji: CZĘŚĆ 3.1 (zgodnie z pkt III OPZ) – prawo opcji Tabela do wpisania cen za poszczególne jednostki w ujęciu miesięcznym i 12 miesięcznym”.

Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ – opis przedmiotu zamówienia osobno opisał czynności objęte zamówieniem podstawowym (część I) oraz zamówieniem z prawem opcji (część III). Ponadto wyraźnie zaznaczył w części III pkt 1. opisu przedmiotu zamówienia, iż „Wykonywanie dodatkowych czynności w holach wejściowych, salach obsługi, toaletach ogólnodostępnych wynikających z prawa opcji musi odbywać się odrębnie niezależnie od serwisu dziennego”.

Zamawiający zatem wyraźnie oczekiwał wyceny osobno zamówienia podstawowego i osobno zamówienia objętego prawem opcji. Ceny za poszczególne części zamówienia stanowią samodzielne ceny, po których będzie rozliczany dany element przedmiotu zamówienia. W każdej z cen ujętych w odniesieniu do wyszczególnionej przez Zamawiającego usługi należało objąć pełen zakres czynności składających się na tę usługę. Instytucja prawa opcji zakłada, że Zamawiający każdorazowo określa minimalny poziom zamówienia, który zostanie na pewno zrealizowany, co pozwala wykonawcom na rzetelne i właściwe dokonanie wyceny oferty, wskazując jednocześnie dodatkowy zakres, którego realizacja jest uzależniona od wskazanych w kontrakcie okoliczności i stanowi uprawnienie Zamawiającego, z którego może, ale nie musi on skorzystać. Zamawiający jest zobowiązany do realizacji zamówienia w podstawowym zakresie oraz uprawniony do skorzystania z prawa opcji, z której może skorzystać w całości, w odniesieniu do wszystkich lub niektórych lokalizacji w dowolnym wymiarze lub wcale. Decyzję, czy Zamawiający w ogóle skorzysta z prawa opcji może on podjąć, zgodnie z postanowieniami umowy, w każdym okresie obowiązywania umowy i obejmować ono może niepełny wymiar czasu (np. 7 dni, 14 dni). Wybór poszczególnych opcji zakupu pociąga za sobą odpowiednie koszty. Zamawiający może również nie zamówić żadnej z opcji. Z tego powodu Zamawiający nakazał osobno wycenić zamówienie podstawowe, a osobno każdą z opcji.

Porównując ceny zaoferowane przez Przystępującego CZA-TA za zamówienie objęte prawem opcji z cenami za to zamówienie zaoferowanymi przez pozostałych wykonawców wyraźnie widać, iż cena ta jest rażąco niska. Oczywistym jest, iż wykonawca w rzeczywistości nie zaoferował Zamawiającemu zamówienia objętego opcją za darmo i że wartość opcji została wliczona w cenę zamówienia publicznego. Koszty związane z realizacją zamówienia objętego prawem opcji zostały wycenione w zamówieniu podstawowym. Powyższe potwierdzają przedłożone przez Przystępującego CZA-TA wyjaśnienia ceny, w szczególności załączona kalkulacja ceny (tabela), która obrazuje, iż wszystkie koszty realizacji zamówienia objętego opcją z wyjątkiem koncentratu i ściereczek zostały ujęte w cenie zamówienia podstawowego.

W sposób ewidentny jest to niezgodne z wymogami Zamawiającego, który nakazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia osobną wycenę opcji (wskazuje na to zarówno samo wprowadzenie prawa opcji, jak i przygotowana tabela wyceny zawarta w formularzu ofertowym oraz postanowienia opisu przedmiotu zamówienia i wzoru umowy związane ze sposobem uruchomienia prawa opcji oraz sposobem rozliczenia za czas, na jaki zamówienie objęte prawem opcji jest udzielane). Taka opcja zakupu usług utrzymania czystości funkcjonuje na rynku i jest odpowiednio wyceniana. Zamawiający nie musiał dodatkowo wskazywać jako żądania, że cena musi być realna, bo jest to oczywiste. Wskazanie w zakresie opcji ceny w odniesieniu tylko do dwóch czynników cenotwórczych zamiast do wszelkich czynników cenotwórczych składających się na cenę zamówienia jest ewidentnym sposobem obejścia wymagań Zamawiającego, tj. formalnie jakaś cena jest, ale nie odpowiada ona wartości nabywanej za nią usługi i nie odpowiada kosztom wytworzenia (wykonania tej usługi), jakie ponosi wykonawca. Takiego stanu nie można tolerować, bowiem Zamawiający będzie musiał zapłacić cenę za opcję, ukrytą w cenie zamówienia podstawowego.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO nie jest dopuszczalne przypisywanie kosztów realizacji jednej usługi do ceny drugiej usługi w sytuacji, gdy Zamawiający wymaga wyceny poszczególnych pozycji samodzielnie, czyni z nich istotne części składowe ceny, w szczególności ceny jednostkowe, tj. ceny za które będzie rozliczana odrębnie każda z usług w stosunku do rzeczywistego zakresu jej zlecenia przez Zamawiającego, a tym samym realizacji przez wykonawcę. Przystępujący CZA-TA w złożonych wyjaśnieniach ceny wskazuje, że w zamówienie podstawowe zostały włączone elementy kosztowe dla opcji. Oznacza to, że niezależnie od tego, czy i w jakim zakresie Zamawiający skorzystałby z prawa opcji poprzez przyjęcie oferty i zawarcie zgodnej z nią umowy, Zamawiający byłby zobowiązany do zapłaty niemalże za całość przedmiotu zamówienia, w tym niewykorzystane opcje, bowiem cena za prawo opcji zawierała w sobie wycenę jedynie jednego środka i ściereczek (w ilości i wartości podanej rozbieżnie w dwóch miejscach wyjaśnień ceny). Pozostałe koszty, w tym największy element kosztotwórczy, tj. koszt osobowy, wszelkie koszty związane z zatrudnieniem pracowników, zysk, koszty wydziałowe, administracyjne zostały przypisane do zamówienia podstawowego. Takie działanie jest niezgodne z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż Zamawiający, nawet jeśli owej opcji od wykonawcy nie dostanie, to i tak zakupił ją w sposób ukryty.

Powyższe uzasadnia zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. zaniechanie odrzucenia oferty jako takiej, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący jest wykonawcą, który aktualnie wykonuje usługę utrzymania czystości na rzecz Zamawiającego. Jest więc wykonawcą, który najlepiej zna specyfikę kompleksów objętych przetargiem, szczególne wymagania użytkowników, a tym samym posiada wiedzę w zakresie realnych kosztów, rzeczywistego poziomu cen jednostkowych, które mają fundamentalny wpływ na faktyczne wynagrodzenie wykonawcy. Zamawiający przewidział rozliczanie miesięczne osobno za zamówienie podstawowe oraz osobno za zamówienie objęte prawem opcji, na które to zamówienie składają się czynności dodatkowe związane ze stanem epidemicznym. Ceny za zamówienie podstawowe i za zamówienie objęte prawem opcji mają walor cen jednostkowych, nie są jedynie składnikami ceny łącznej (wynagrodzenia wykonawcy), lecz pełnią funkcję samodzielnych cen, w oparciu o które w każdym miesiącu realizacji usługi jest naliczane wynagrodzenie (zamówienie podstawowe) bądź za każdy dzień wykonywania zamówienia jest naliczane proporcjonalnie wynagrodzenie zgodnie z zasadami zawartymi w § 3 ust. 31 i ust. 32 zgodnie ze wzorem zawartym w § 8 ust. 10 wzoru umowy. W tym stanie rzeczy ceny jednostkowe zaoferowane w formularzu ofertowym mają cechy samodzielnych cen za wykonanie poszczególnych części składających się na zamówienie. Wobec powyższego wskazane ceny jednostkowe, jako ceny do zapłaty powinny być oceniane w kategorii rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z doktryną i orzecznictwem w przypadku takiego sposobu rozliczenia każda z oferowanych cen jednostkowych będąca podstawą do rozliczeń musi zawierać wszystkie koszty niezbędne do jej wykonania zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i wymaganiami określonymi przez zamawiającego oraz wynikającymi z odrębnych przepisów, a także musi być realna, wiarygodna i poprawnie obliczona. Zamawiający zatem zobowiązany jest, w toku procedury badania i oceny ofert, oceniać nie tylko cenę ogółem, ale także każdą cenę jednostkową za zamówienie podstawowe oraz zamówienie objęte prawem opcji jako cenę do zapłaty w kategorii rażąco niskiej ceny. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem nie można czynić oszczędności w ramach jednej pozycji kontraktu poprzez ujęcie kosztów w innej pozycji kontraktu, każda z pozycji musi posiadać skalkulowanie pełnych kosztów realizacji. Reasumując powyższy wątek rozważań wskazać należy iż Zamawiający w sposób jasny i precyzyjny określił, iż rozliczenie w ramach przedmiotowego zamówienia odbywać się będzie według cen jednostkowych za poszczególne kategorie usług. Wyraźnie zazaczył to w konstrukcji formularza ofertowego, jak i we wzorze umowy. Wyraźnie i jasno określił też swoje wymagania co do zatrudnienia pracowników. Precyzyjnie wskazał zakres zamówienia podstawowego oraz zamówienia objętego prawem opcji, wskazał mechanizm pozwalający na skorzystanie z prawa opcji, zasady rozliczania zamówienia z prawem opcji i zasady jego wykonania obok zamówienia podstawowego. Zamawiający konsekwentnie przez całość postanowień SIWZ wskazywał na istotne znaczenie ceny za zamówieniu podstawowe oraz zamówienie z prawem opcji z punktu widzenia rozliczeń między stronami umowy

o zamówienie publiczne, na każdym etapie jej realizacji. Przystępujący CZA-TA w sposób nieprawidłowy i nieuprawniony odczytał treść dokumentacji postępowania.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nakłada na zamawiających obowiązek uzyskania od wykonawców wyjaśnień ofert, w których zaproponowana cena lub koszt będzie wydawać się zamawiającemu rażąco niski w stosunku do odnośnych usług. Zamawiający może wezwać wykonawcę do wyjaśnień w każdej sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą jego wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższa niż szczególny ustawowy limit. W zakresie istotnych części zamówienia ważne jest, aby te części miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia (przy wynagrodzeniu ryczałtowym) albo jeśli są to istotne części zamówienia, które stanowią przedmiot odrębnego wynagrodzenia (np. przy wynagrodzeniu kosztorysowym). Celem procedury wyjaśniania, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest definitywne rozstrzygnięcie, czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. O tym, czy cena lub koszt oferty są rzeczywiście rażąco niskie, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dokumenty, oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania. Ciężar dowodu w zakresie wykazania, że cena lub koszt nie są rażąco niskie, spoczywa na wykonawcy. Wykonawca w ramach składanych wyjaśnień powinien przedkładać dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie ma obowiązku ponownie wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli wykonawca nie rozwiał jego wątpliwości co do podejrzenia rażąco niskiej ceny i nie przedstawił na potwierdzenie powyższego stosownych dowodów.

Zamawiający, pismem z 22 października 2020 r., wezwał Przystępującego CZA-TA do wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta złożona na części nr 1 do 7 w zakresie prawa opcji zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zamówienia. Zamawiający wskazał, iż wykonawca zaoferował wykonanie usług w zakresie określonym w prawie opcji za kwoty znacząco niższe zarówno od oszacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia w tym zakresie, jak i średniej arytmetycznej złożonych ofert. Zamawiający wskazał, że budzi jego wątpliwości, czy zaoferowana cena ofertowa w zakresie realizacji prawa opcji uwzględnia wszystkie wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia określone w SIWZ, a w szczególności związane z wynagrodzeniem pracowników oddelegowanych do realizacji niniejszego zakresu zamówienia oraz zakupem środków niezbędnych do jego wykonania zgodnych z obowiązującymi przepisami i wytyczanymi wydanymi przez odpowiednie instytucje i organy, mających na celu zmniejszenie zagrożenia

epidemiologicznego. W konsekwencji Zamawiający oczekiwał przedłożenia wyjaśnień, kalkulacji ceny, dowodów odnoszących się do ceny ofertowej całkowitej, jak i ceny za prawo opcji. W końcowej części wezwania Zamawiający jeszcze dokładnie wskazał, jakie elementy wykonawca powinien ująć w kalkulacji ceny.

Przystępujący CZA-TA zaproponował cenę za całe prawo opcji aż o 93,08 % niższą od średniej arytmetycznej złożonych ofert, a także niższą o 85,88 % od oszacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia w tym zakresie.

Przystępujący CZA-TA nie polemizował z otrzymanym wezwaniem, więc zobowiązany był do udzielenia wyczerpujących odpowiedzi na wątpliwości Zamawiającego wyartykułowane w treści wezwania, czego w ocenie Odwoływającego nie uczynił i tym samym nie podołał wykazaniu, iż cena oferty nie zawiera ceny rażąco niskiej; zarówno ceny łącznej za cały przedmiot zamówienia, jak i ceny za prawo opcji. Pismo datowane na 27 października 2020 r., które złożył Przystępujący CZA-TA, trudno uznać za wyjaśnienia ceny, brak w nim bowiem odpowiedzi na zapytania Zamawiającego zawarte w treści wezwania.

Odwoływający zarzuca, że wyjaśnienia są nierzetelne, wybiórcze, ogólnikowe i lakoniczne, o wysokim poziomie ogólności i brak w nich odpowiedzi na pytania postawione w wezwaniu do wyjaśnień. Zamawiający nie był uprawniony przyjąć na ich podstawie, że zaoferowana cena ma charakter rynkowy. Zamawiający nie był uprawniony do przyjęcia przedmiotowych wyjaśnień również dlatego, że ich treść, z przyczyn opisanych w uzasadnieniu zarzutu niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wprost wskazuje na ujęcie kosztów wykonania zamówienia objętego prawem opcji w cenie zamówienia podstawowego.

Wykonawca wskazał, iż o ile stanowiska sprzątające będą optymalnie wykorzystane, o tyle stanowiska specjalistyczne, a te wystąpią w każdej jednostce, będą wykorzystane przy pracach okresowych w 50-55%, stąd wystąpiła możliwość, a wręcz biznesowa konieczność zagospodarowania ich potencjału 45-50% przy każdorazowej realizacji prawa opcji, tj. bez obciążania prawa opcji kosztami osobowymi, gdyż te ulokowane są w cenie oferty zamówienia podstawowego. Wobec powyższego wykonawca uwzględnił koszty osobowe zamówienia z prawa opcji w zamówieniu podstawowym. Zamawiający oczekiwał osobnej wyceny każdego z zamówień, bowiem zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia prawo opcji to dodatkowe czynności, które będą realizowane przez wykonawcę wraz z czynnościami przewidzianymi w zakresie przedmiotowym zamówienia podstawowego, wykonywane w sytuacji wprowadzenia stanu zagrożenia epidemiologicznego lub wprowadzenia stanu epidemii przy użyciu środków, które zakupi na ten cel wykonawca (środki muszą być odpowiednie, bezpieczne dla powierzchni oraz zgodne z obowiązującymi przepisami i wytycznymi wydanymi przez odpowiednie instytucje i organy). Dodatkowo Zamawiający wprost wskazał, iż usługa wynikająca z prawa opcji musi odbywać się odrębnie niezależnie

od serwisu dziennego, a dodatkowe czynności muszą być wykonywane co 2 godziny 4 x dziennie w dniach od wtorku do piątku i 5 x dziennie w poniedziałki (w godzinach obsługi petentów), w poniedziałki od godziny 10.00 do godziny 18.00, od wtorku do piątku od godziny 9.30 do 15.30. Zamawiający zaznaczył również, iż uruchomienie prawa opcji nie może spowodować zmniejszenia zakresu podstawowego, który musi być realizowany w całości i w pełnym zakresie przedmiotowym przewidzianym dla zamówienia podstawowego.

Tym samym Przystępujący CZA-TA sam przyznał, iż zaoferowana przez niego cena w zakresie ceny z prawa opcji jest rażąco niska, bowiem nie zostały w niej ujęte takie koszty jak koszty pracownicze, zysk, koszty wydziałowe, koszty administracyjne czy koszty urządzeń niezbędnych do realizacji zamówienia objętego prawem opcji. W piśmie z 27 października 2020 r. brak jest przedstawienia jakichkolwiek dowodów potwierdzających twierdzenia zawarte w treści pisma. Tym samym informacje zawarte w wyjaśnieniach ceny są gołosłowne, bowiem wbrew wyraźnemu nakazowi wynikającemu z art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz z treści wezwania z 22 października 2020 r. nie zostały poparte żadnymi dowodami. W szczególności brak jest poparcia dowodami twierdzeń, że:

1. wykonawca dysponuje na potrzeby postępowania osobami o wskazanym przez niego stopniu niepełnosprawności we wskazanym wymiarze etatów, brak jest dowodów potwierdzających otrzymywanie dofinansowania PFRON, brak jest również dowodów potwierdzających dopuszczenie do pracy w pełnym wymiarze,
2. wykonawca rzeczywiście posiada w dyspozycji na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia sprzęt przeznaczony do wykonywania powyższych usług na powierzchniach wewnętrznych i powierzchniach zewnętrznych (choćby poprzez przedstawienie stanów magazynowych czy faktur zakupowych) i sprzęt ten został zamortyzowany w 50 % (choćby poprzez przedstawienie wydruków z programów księgowych),
3. założona kwota na zakup środków myjąco-czyszczących, środków higienicznych i eksploatacyjnych, jak i drobnego sprzętu, piasku, środka zimowego itp. jest wystarczająca, w szczególności nie przedstawił umów z dostawcami, ofert na tego rodzaju środki czy też faktur zakupowych potwierdzających realność przyjętych założeń,
5. wykonawca przyjął, iż będzie realizował usługę przy wykorzystaniu profesjonalnych wysokowydajnych środków – koncentratów. Dodatkowo wskazał iż cena oferty w częściach od 1 do 7 w prawie opcji obejmuje tylko koszt koncentratu Quatrades Extra do dezynfekcji powierzchni przeciw koronawirusowi SARS-Cov-2 w ilości roboczej 200 litrów na miesiąc dla danej jednostki oraz koszt profesjonalnych ściereczek w ilości 20 sztuk na miesiąc, nie przedstawił dowodów potwierdzających realność założonych cen za ww. środek oraz ściereczki,

5. wykonawca dodał również, iż otrzymał od producenta gratisowo dla każdej jednostki po 4 profesjonalne mgiełkowe rozpylacze, które obsłużą mu bezkosztowo prawo opcji i zamówienie podstawowe w zakresie realizacji serwisów dziennych. Wykonawca nie przedstawił dowodu potwierdzającego posiadanie rozpylaczy.

Ponadto w treści wyjaśnień brak jest informacji potwierdzających że założona przez Przystępującego CZA-TA ilość etatów jest wystarczająca do wykonania zamówienia podstawowego oraz zamówienia objętego prawem opcji, w szczególności brak jest informacji o ilości pracowników, przypisania ilości osób i etatów do wyszczególnionych dwóch grup pracowników tj. stanowisk sprzątających i stanowisk specjalistycznych. Zamawiający, nie mając wiedzy o liczbie pracowników, założonej organizacji pracy w szczególności przyporządkowania pracowników do danego rodzaju stanowiska, nie jest w stanie zweryfikować poprawności i realności założenia kalkulacyjnego o wolnych mocach przerobowych pracowników ze stanowisk specjalistycznych. Zamawiający nie ma wiedzy, ilu pracowników będzie realizować zamówienia podstawowe, a ilu prawo opcji, w konsekwencji jaki poziom kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników powinien być w odpowiedniej proporcji przypisany do zamówienia podstawowego i zamówienia z prawem opcji.

Nie bez znaczenia dla oceny realności przyjętych założeń jest również fakt, iż w założeniu wykonawcy zamówienie ma być w całości realizowane przez osoby z orzeczoną stopniem niepełnosprawności. Powyższe ma szczególne znaczenia ze względu na to, że pozycje w zamówieniu podstawowym są opodatkowane zarówno stawką podatkową 8% (tereny zewnętrzne), jak i 23% (powierzchnie wewnętrzne). Przypisanie odpowiedniej liczby osób dla danej pozycji kosztowej a co za tym idzie kosztów jej zatrudnienia, pozwala na opodatkowanie wszystkich kosztów prawidłową stawką VAT. W przeciwnym razie może dojść do manipulacji cenowej w powyższym zakresie. Brak jest również informacji, w jakim wymiarze dobowym pracować będą pracownicy. Osoby niepełnosprawne pracują co do zasady w wymiarze 7 godzin na dobę. Praca w wymiarze 8 godzin możliwa jest tylko w sytuacji posiadania odpowiedniego dopuszczenia do pracy udzielanego przez lekarza.

Brak też potwierdzenia, że wykonawca przewidział do realizacji zamówienia osobnego dla danej części zamówienia koordynatora zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego zawartymi w punkcie 4 podpunkt 19 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którym wykonawca jest zobowiązany do wyznaczenia, odrębnie dla każdej części zamówienia, przynajmniej jednego pracownika, który będzie pełnił rolę koordynatora w trakcie świadczenia usług będących przedmiotem umowy. Koordynator będzie zobowiązany do utrzymywania stałego kontaktu z Zamawiającym. Do zadań koordynatora będzie należało organizowanie i sprawowanie nadzoru nad świadczeniem usług oraz zarządzanie personelem wykonawcy. Wykonawca nie przewidział pracownika na tym stanowisku, tym

samym w przedstawionej kalkulacji nie zostały ujęte koszty związane z zatrudnieniem koordynatora.

Brak informacji o liczbie pracowników nie pozwala zweryfikować założonego poziomu kosztów, niektóre pozycje związane z zatrudnieniem pracowników liczone są od osoby, a nie etatu, np. badania lekarskie, ekwiwalent za ubranie, szkolenia, odzież, Brak informacji, jaki sprzęt wykonawca przewidział do realizacji usługi, przez co Zamawiający nie wie, czy wykonawca posiada niezbędny i prawidłowy sprzęt do realizacji usług objętych postępowaniem; jakie środki myjąco czyszczące, środki higieniczne i eksploatacyjne, jaki drobny sprzęt wykonawca zamierza przeznaczyć do realizacji zamówienia; informacji o zakładanej ilości sprzętu, środków, drobnego sprzętu; czy wykonawca przewidział środki ochrony osobistej w ramach prawa opcji dla swoich pracowników, które w zakresie prawa opcji z uwagi na jego przedmiot mają szczególne znaczenie; o kosztach wydziałowych, administracyjnych, zysku, kosztach pracowniczych w prawie opcji, o ujęciu w kalkulacji ceny zamówienia podstawowego i prawa opcji kosztów PPK, kosztów badań lekarskich, badań okresowych, szkoleń pracowniczych.

Dodatkowo wyjaśnienia ceny zawierają wewnętrzne nieścisłości bądź wartości niezgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa:

1. w tabeli kalkulacja ceny na usługi sprzątnięcia części nr 3 zamówienie podstawowe i prawo opcji Przystępujący CZA-TA wskazał, iż łączny wymiar stawki ZUS to 18,50%, podczas gdy łącznie stawki ZUS liczone bez stawki wypadkowej, która dla każdego wykonawcy jest odmienna, to 18,81 %: (emerytalna 9,76% rentowa 6,5% wypadkowa od 0,67% do 3,33% fundusz pracy 2,45% FGŚP 0,10%); dodatkowo błędne założenie wysokości stawki ZUS wywołuje błędne wyliczenie pozostałych pozycji zależnych od wysokości składek tj. w szczególności kosztu urlopów,
2. w tabeli kalkulacja ceny na usługi sprzątnięcia części nr 3 zamówienie podstawowe i prawo opcji wskazał, iż na urlopy i Fundusz Socjalny przyjął 9,5% wynagrodzenia zasadniczego plus składki ZUS. Biorąc pod uwagę, iż w 2021 roku są 252 dni robocze, a każdemu pracownikowi przysługuje minimum 36 dni robocze urlopu (każdy z pracowników ma orzeczenie znaczne lub umiarkowane), wykonawca winien przyjąć na same urlopy $36/252=14,29\%$; wykonawca nie przewidział również żadnego buforu w przypadku choroby swoich pracowników, co w przypadku osób niepełnosprawnych ma szczególne znaczenie. Każdy wykonawca kalkulując cenę oferty zobowiązany jest przewidzieć koszty zastępstw chorobowych,
3. niezgodności między zapisami w piśmie przewodnim ogólnym w zakresie wyjaśnień ceny a kalkulacją ceny na usługi sprzątnięcia części nr 3 zamówienia podstawowego i prawa opcji tj. w treści pisemnych wyjaśnień Wykonawca oświadcza, iż cena oferty w częściach od 1 do 7 w prawie opcji obejmuje tylko koszt koncentratu Quatrades Extra do dezynfekcji

powierzchni przeciw koronie wirusowi SARS-Cov-2 w ilości roboczej 200 litrów na miesiąc dla danej jednostki oraz koszt profesjonalnych ściereczek w ilości 20 sztuk na miesiąc. Natomiast w kalkulacji ceny (tabeli) wskazuje, iż przewiduje na wszystkie jednostki w ramach części nr 3 w miesiącu 8 litrów koncentratu i 160 ściereczek. Wobec powyższego Zamawiający ostatecznie nie wie, ile środka rzeczywiście przewidział Przystępujący CZA-TA. Wyjaśnienia składane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych muszą być szczegółowe i wyczerpujące. Jeżeli są ogólnikowe i lakoniczne, przyjmuje się, że w ogóle nie zostały złożone. Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie zamawiającego. Wezwanie nie musi być szczegółowo rozpisane. Zamawiający oceniając, czy może mieć do czynienia z rażąco niską ceną, formułując wezwanie nie jest w stanie przewidzieć, jakie okoliczności lub czynniki mogą wpływać na wysokość ceny oferty. Fakt wystosowania wezwania o charakterze ogólnym jako otwartego pytania, nie zwalnia wykonawcy z obowiązku szczegółowego przedstawienia składowych ceny i opisanie czynników, które o wysokości tej ceny zadecydowały.

Nie jest wystarczające przedstawienie przez wykonawcę ogólnej informacji, każda z informacji ujętych w wyjaśnieniach powinna zostać przełożona na konkretną wartość liczbową, tj. na wysokość oszczędności, jakie z tego tytułu udało się osiągnąć wykonawcy lub przyjęty poziom ceny.

Przystępujący CZA-TA nie znajduje się w wyjątkowo korzystnej sytuacji, która uzasadniałaby zaoferowanie aż tak niskiej ceny ofertowej za prawo opcji, np. względem Odwołującego. Nadto szereg kosztów, jakie wykonawcy biorący udział w niniejszym postępowaniu będą musieli ponieść, wynika wprost ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia i obowiązujących przepisów prawa (koszty zatrudnienia) i wykonawcy nie mają możliwości poczynienia w tym zakresie zbyt daleko idących oszczędności.

W ocenie Odwołującego analiza wyjaśnień Przystępującego CZA-TA prowadzi do wniosku, iż przyjął on błędną metodologię wyliczenia ceny, błędne znaczenie ceny jednostkowej, nie wycenił całego zakresu przedmiotu zamówienia. Opisane powyżej uchybienia w zakresie treści wyjaśnień z 27 października 2020 r. nie pozwalają na prawidłową weryfikację poprawności złożonej oferty. Są to wyjaśnienia, które w żaden sposób nie mogły usunąć wątpliwości Zamawiającego wyartykułowanych w wezwaniu z 22 października 2020 r. Brak skalkulowania wszystkich kosztów, brak przedstawienia kalkulacji kosztów, założony poziom ceny jednostkowej spowoduje poszukiwanie na etapie realizacji zamówienia „oszczędności” kosztem jakości świadczonej usługi, a nawet konieczności zaprzestania wykonywania umowy. Momentem, w którym wykonawca winien wyjaśnić szczegóły kalkulacji i przyjęte założenia, zarówno co do ceny, jak i sposobu wykonania zamówienia, jest moment

prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający ma otrzymać wiarygodne i szczegółowe informacje, które pozwolą ustalić, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną, czy też nie. Wszelkie dowodzenie i składanie wyjaśnień w postępowaniu odwoławczym przed Izbą należy uznać za spóźnione. W trakcie postępowania odwoławczego możliwe jest uzupełnienie informacji przekazanych zamawiającemu w niewielkim zakresie. Nie jest natomiast możliwe wskazywanie na konkretne okoliczności, które przełożyły się na cenę oferty, ale wykonawca nie wspominał o nich w wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu.

II Stanowisko Odwołującego – odwołanie sygn. KIO 3383/20

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia DGP Clean Partner Sp. z o.o., Medica Sp. z o.o., SEBAN Sp. z o.o., 7 MG Spółka z o. o., DGP PROVIDER Sp. z o. o. wniósł odwołanie, w zakresie części (zadania) nr 1, 2 i 6, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. W zakresie części (zadania) nr 1 i 2:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust.1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty K. A. i M. A. prowadzących działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej pod nazwą ECO spółka cywilna K. A., M. A., zwanych dalej „Wykonawcą ECO” lub „Przystępującym ECO”, pomimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności treści załącznika nr 1 oraz załącznika nr 6A (wzór umowy – w zakresie części nr 1 oraz załącznika nr 6B (wzór umowy – w zakresie części nr 2, Zamawiający wskazywał bowiem w SIWZ na zamówienie podstawowe i możliwość skorzystania z opcji, a w ofercie otrzymał wycenę prowadzącą się do realizacji niemalże w całości zamówienia w ramach zamówienia podstawowego. Powyższe zaistniało na skutek błędnego założenia metodologicznego tkwiącego w sposobie wyliczenia ceny ofertowej, tj. Wykonawca ECO nie kalkulował w ramach podanych cen jednostkowych za usługę wszelkich kosztów realizacji danej pozycji objętej wyceną w formularzu ofertowym, nie widział konieczności ujęcia w pozycji odnoszących się do zamówienia podstawowego oraz zamówienia objętego prawem opcji kosztów realizacji wycenianej usługi (poprzez przypisanie ich do konkretnej wyszczególnionej pozycji w formularzu ofertowym), Wykonawca ECO za wiążącą traktował wyłącznie podaną cenę brutto za całość usługi, natomiast podane ceny w odniesieniu do zamówienia podstawowego oraz zamówienia z prawem opcji traktował niejako pomocniczo i nie widział konieczności ujęcia w nich pełnych kosztów realizacji usługi, tym samym np. wszelkie koszty pracownicze, koszty wydziałowe, administracyjne, zysk, koszty własnych materiałów oraz własnych środków czystości spełniających normy sanitarno-

epidemiologiczne, koszty sprzętu zostały ujęte wyłącznie w cenie zamówienia podstawowego, brak ich w cenie za usługi świadczone w ramach prawa opcji,

2) art.90 ust.3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 w zw. z art. 90 ust. 1 i ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę ECO w sytuacji, gdy:

a) Wykonawca ECO złożył nierzetelne, wybiórcze, ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia, a przede wszystkim nie przedstawił dowodów uzasadniających podniesione przez siebie twierdzenia w zakresie ceny, a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w tym istotnej części składowej ceny, tj. ceny za zamówienie objęte prawem opcji,

b) Wykonawca ECO nie skalkulował pełnego zakresu przedmiotu zamówienia i nie jest on w stanie wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, w szczególności z uwagi na: konieczność zapewnienia pracownikom praw pracowniczych, uwzględnienia wynikających z SIWZ kosztów pracowniczych, nie uwzględnił kosztów wynikających z konieczności zagwarantowania praw pracowników niepełnosprawnych (w szczególności wymaganej liczby osób do zatrudnienia przy wymaganiu – 8 godzinnego dnia pracy), i innych elementarnych składników ceny,

c) Wykonawca ECO nie skalkulował pełnego zakresu istotnej części składowej ceny tj. ceny jednostkowej odnoszącej się odpowiednio do części 1.1. (w zakresie części nr 1) formularza ofertowego do części 2.2 (w zakresie części nr 2) obrazującego cenę za zamówienie objęte prawem opcji m.in. z przyczyn wskazanych powyżej, jak również z uwagi na błąd metodologiczny tkwiący w sposobie wyliczenia ceny ofertowej, tj. nie kalkulował w ramach podanych cen jednostkowych za usługę wszelkich kosztów realizacji danej pozycji objętej wyceną w formularzu ofertowym, nie widział konieczności ujęcia w pozycjach odnoszących się do zamówienia podstawowego oraz zamówienia objętego prawem opcji kosztów realizacji wycenianej usługi (poprzez przypisanie ich do konkretnej wyszczególnionej pozycji w formularzu ofertowym), Wykonawca ECO za wiążącą traktował wyłącznie podaną cenę brutto za całość usługi, natomiast podane ceny w odniesieniu do zamówienia podstawowego oraz zamówienia z prawem opcji traktował niejako pomocniczo i nie widział konieczności ujęcia w nich pełnych kosztów realizacji usługi, tym samym np. wszelkie koszty pracownicze, koszty wydziałowe, administracyjne, zysk, koszty własnych materiałów oraz własnych środków czystości spełniających normy sanitarno-epidemiologiczne, koszty sprzętu zostały ujęte wyłącznie w cenie zamówienia podstawowego, brak ich w cenie za usługi świadczone w ramach prawa opcji, a w konsekwencji:

d) zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę ECO, mimo iż oferta ta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w tym cenę rażąco

niską za prawo opcji; mimo, iż Wykonawca ECO nie udźwignął ciężącego na nim ciężaru udowodnienia, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,

e) wybór oferty Wykonawcy ECO, mimo iż oferta ta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w tym cenę rażąco niską za prawo opcji, mimo iż Wykonawca ECO nie udźwignął ciężącego na nim ciężaru udowodnienia, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, Zamawiający tym samym wbrew dyspozycji art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę ECO, mimo iż nie udźwignął on spoczywającego na nim ciężaru dowodu, a tym samym nie obalił domniemania, że cena oferty jest rażąco niska,

3) art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3, art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 w zw. z art. 11 ust. 4 w zw. z art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędną ocenę i uznanie skuteczności zastrzeżenia przez Wykonawcę ECO jako tajemnicy przedsiębiorstwa całości wyjaśnień wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i dowodami złożonych przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, polegającą w szczególności na przyjęciu, że całość wyjaśnień ceny wraz z dowodami i uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa podlega utajnieniu, mimo iż Wykonawca ECO nie wykazał, że zastrzegane przez niego informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, wyłącznie niektóre informacje zwarte w wyjaśnieniach ceny, uzasadnieniu, załączonych dowodach mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz mimo że informacje zawarte w wyjaśnieniach mają charakter wyłącznie jednorazowy i na obecnym etapie postępowania pozbawione są wartości gospodarczej,

4) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców co przejawiało się poprzez: wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jest ofertą z rażąco niską ceną, Wykonawca ECO nie obalił domniemania prawnego, iż oferta zawiera rażąco niską cenę; utajnienie informacji i dokumentów, które nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy ECO z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jest ofertą z rażąco niską ceną, Wykonawca ECO nie obalił domniemania prawnego, iż oferta zawiera rażąco niską cenę.

2. W zakresie części (zadania) nr 6:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust.1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy ECO oraz Wykonawcy CZA-TA, pomimo że treść ich ofert nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności treści załącznika nr 1 oraz załącznika nr 6B (wzór umowy), Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazywał bowiem na zamówienie podstawowe i możliwość skorzystania z opcji, a w ofercie otrzymał wycenę sprowadzającą się do realizacji niemalże w całości zamówienia w ramach zamówienia podstawowego. Powyższe zaistniało na skutek błędnego założenia metodologicznego tkwiącego w sposobie wyliczenia ceny ofertowej tj. Wykonawca ECO oraz Wykonawca CZA-TA nie kalkulowali w ramach podanych cen jednostkowych za usługę wszelkich kosztów realizacji danej pozycji objętej wyceną w formularzu ofertowym, nie widzieli konieczności ujęcia w pozycji odnoszących się do zamówienia podstawowego oraz zamówienia objętego prawem opcji kosztów realizacji wycenianej usługi (poprzez przypisanie ich do konkretnej wyszczególnionej pozycji w formularzu ofertowym), Wykonawca ECO oraz Wykonawca CZA-TA za wiążącą traktowali wyłącznie podaną cenę brutto za całość usługi natomiast podane ceny w odniesieniu do zamówienia podstawowego oraz zamówienia z prawem opcji traktowali niejako pomocniczo i nie widzieli konieczności ujęcia w nich pełnych kosztów realizacji usługi, tym samym np. wszelkie koszty pracownicze, koszty wydziałowe, administracyjne, zysk, koszty własnych materiałów oraz własnych środków czystości spełniających normy sanitarno-epidemiologiczne, koszty sprzętu zostały ujęte wyłącznie w cenie zamówienia podstawowego, brak ich w cenie za usługi świadczone w ramach prawa opcji.

2) art.90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 w zw. z art. 90 ust. 1 i ust. 1a w zw. z art. 7 ust.1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę ECO oraz Wykonawcę CZA-TA w sytuacji, gdy:

a) Wykonawca ECO oraz Wykonawca CZA-TA złożyli nierzetelne, wybiórcze, ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia, a przede wszystkim nie przedstawili dowodów (w odniesieniu do Wykonawcy ECO), w przy przypadku Wykonawcy CZA-TA nie przedstawił żadnych dowodów uzasadniających podniesione przez siebie twierdzenia w zakresie ceny, a tym samym nie wykazali, że ich oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w tym istotnej części składowej ceny tj. ceny za zamówienie objęte prawem opcji,

b) Wykonawca ECO oraz Wykonawca CZA-TA nie skalkulowali pełnego zakresu przedmiotu zamówienia i nie są w stanie wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, w szczególności z uwagi na: konieczność zapewnienia pracownikom praw pracowniczych, uwzględnienia wynikających z SIWZ kosztów pracowniczych, nie uwzględnili kosztów wynikających z konieczności zagwarantowania praw

pracowników niepełnosprawnych (w szczególności wymaganej liczby osób do zatrudnienia przy wymaganiu – 8 godzinnego dnia pracy) i innych elementarnych składników ceny,

c) Wykonawca ECO oraz Wykonawca CZA-TA nie skalkulowali pełnego zakresu istotnej części składowej ceny, tj. ceny jednostkowej odnoszącej się do części 6.1. formularza ofertowego obrazującego cenę za zamówienie objęte prawem opcji m.in. z przyczyn wskazanych powyżej, jak również z uwagi na błąd metodologiczny tkwiący w sposobie wyliczenia ceny ofertowej, tj. Wykonawca ECO oraz Wykonawca CZA-TA nie kalkulowali w ramach podanych cen jednostkowych za usługę wszelkich kosztów realizacji danej pozycji objętej wyceną w formularzu ofertowym, nie widzieli konieczności ujęcia w pozycji odnoszących się do zamówienia podstawowego oraz zamówienia objętego prawem opcji kosztów realizacji wycenianej usługi (poprzez przypisanie ich do konkretnej wyszczególnionej pozycji w formularzu ofertowym), Wykonawca ECO oraz Wykonawca CZA-TA za wiążącą traktowali wyłącznie podaną cenę brutto za całość usługi natomiast podane ceny w odniesieniu do zamówienia podstawowego oraz zamówienia z prawem opcji traktowali niejako pomocniczo i nie widzieli konieczności ujęcia w nich pełnych kosztów realizacji usługi, tym samym np. wszelkie koszty pracownicze, koszty wydziałowe, administracyjne, zysk, koszty własnych materiałów oraz własnych środków czystości spełniających normy sanitarno-epidemiologiczne, koszty sprzętu zostały ujęte wyłącznie w cenie zamówienia podstawowego, brak ich w cenie za usługi świadczone w ramach prawa opcji, a w konsekwencji:

d) zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę ECO oraz Wykonawcę CZA-TA, mimo iż oferty te zawierały rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w tym cenę rażąco niską za prawo opcji; mimo iż Wykonawca ECO oraz Wykonawca CZA-TA nie udźwignęli ciężącego na nich ciężaru udowodnienia, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,

e) wybór oferty Wykonawcy ECO, mimo iż oferta ta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w tym cenę rażąco niską za prawo opcji; mimo iż Wykonawca ECO nie udźwignął ciężącego na nim ciężaru udowodnienia, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, Zamawiający tym samym wbrew dyspozycji art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę ECO oraz Wykonawcę CZA-TA, mimo iż Wykonawca ECO oraz Wykonawca CZA-TA nie udźwignęli spoczywającego na nich ciężaru dowodu, a tym samym nie obalili domniemania, że cena oferty jest rażąco niska,

3) art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3, art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 w zw. z art. 11 ust. 4 w zw. z art. 11 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędną

ocenę i uznanie skuteczności zastrzeżenia przez Wykonawcę ECO jako tajemnicy przedsiębiorstwa całości wyjaśnień wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i dowodami złożonymi przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, polegającą w szczególności na przyjęciu, że całość wyjaśnień ceny wraz z dowodami i uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa podlega utajnieniu, mimo iż Wykonawca ECO nie wykazał, że zastrzegane przez niego informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, wyłącznie niektóre informacje zawarte w wyjaśnieniach ceny, uzasadnieniu, załączonych dowodach mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz mimo że informacje zawarte w wyjaśnieniach mają charakter wyłącznie jednorazowy i na obecnym etapie postępowania pozbawione są wartości gospodarczej,

4) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców co przejawiało się poprzez: wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ, jest ofertą z rażąco niską ceną, Wykonawca ECO nie obalił domniemania prawnego, iż oferta zawiera rażąco niską cenę; utajnienie informacji i dokumentów, które nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa; zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy CZA-TA z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jest ofertą z rażąco niską ceną, Wykonawca CZA-TA nie obalił domniemania prawnego, iż oferta zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz:

1. w zakresie części (zadania) nr 1 i 2:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na ocenie ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę ECO,

2) uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji znajdujących się w wyjaśnieniach złożonych przez Wykonawcę ECO na wezwanie do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztów na podstawie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, informacji znajdujących się w złożonych dowodach, informacji znajdujących się w treści uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i udostępnienie Odwołującemu powyższych dokumentów i informacji,

2) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem wyników powtórzonych czynności o których mowa powyżej, w tym odrzucenie oferty Wykonawcy ECO i wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego,

2. w zakresie części (zadania) nr 6:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na ocenie ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę ECO,
 - 2) uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w wyjaśnieniach złożonych przez Wykonawcę ECO na wezwanie do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztów na podstawie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, informacji znajdujących się w złożonych dowodach, informacji znajdujących się w treści uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i udostępnienie Odwołującemu powyższych dokumentów i informacji,
 - 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem wyników powtórzonych czynności o których mowa powyżej, w tym: odrzucenie oferty Wykonawcy ECO, odrzucenie oferty Wykonawcy CZA-TA, wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego,
3. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa prawnego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zestawienie treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia z treścią przedłożonych przez Wykonawcę ECO oraz Wykonawcę CZA-TA ofert, w szczególności z treścią wyjaśnień złożonych w toku postępowania prowadzi do wniosku, iż oferty złożone przez Wykonawcę ECO oraz Wykonawcę CZA-TA pozostają w sprzeczności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, zawierają rażąco niską cenę, w tym również rażąco niską cenę w zakresie ceny za zamówienie objęte prawem opcji, przede wszystkim zaś Wykonawcy ECO oraz Wykonawcy CZA-TA nie udało się skutecznie obalić domniemania, iż cena jest rażąco niska. Odwołujący przywołał argumentację analogiczną do przedstawionej w odwołaniu KIO 3324/20, powołaną powyżej.

Odwołujący wskazał również, że Zamawiający, pismem z 22 października 2020 r., wezwał Wykonawcę ECO w celu ustalenia, czy oferta złożona na części nr 1 do 7 w zakresie prawa opcji oraz cena całości zamówienia w Części 2, 5, 6 zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zamówienia. Zamawiający wskazał, iż Wykonawca ECO w części nr 1-7 zaoferował wykonanie usług w zakresie określonym w prawie opcji za kwoty znacząco niższe zarówno od oszacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia w tym zakresie, jak i średniej arytmetycznej złożonych ofert. W części 2, 5 i 6 zaoferował wykonanie usług za łączną cenę, która jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert. W dalszej części wezwania Zamawiający wskazał, że budzi jego wątpliwości, czy zaoferowana cena ofertowa w zakresie realizacji

prawa opcji uwzględni wszystkie wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia określone w SIWZ, a w szczególności związane z wynagrodzeniem pracowników oddelegowanych do realizacji niniejszego zakresu zamówienia oraz zakupem środków niezbędnych do jego wykonania zgodnych z obowiązującymi przepisami i wytycznymi wydanymi przez odpowiednie instytucje i organy, mających na celu zmniejszenie zagrożenia epidemiologicznego. W konsekwencji Zamawiający oczekiwał przedłożenia wyjaśnień, kalkulacji ceny, dowodów odnoszących się do ceny ofertowej całkowitej jak i ceny za prawo opcji. W końcowej części wezwania Zamawiający jeszcze dokładnie wskazał, jakie elementy wykonawca powinien ująć w kalkulacji ceny.

Wobec braku możliwości zapoznania się z treścią wyjaśnień ceny i załączonych dowodów, ostrożności formułowany jest zarzut niedźwignięcia przez Wykonawcę ECO ciężaru wykazania, iż cena nie jest rażąco niska. Potwierdzenie się bowiem zarzutów odwołania dotyczących zastrzeganych przez Wykonawcę ECO, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, informacji, musi skutkować unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Przyjęcie odmiennego stanowiska powodowałoby niecelowość stawiania tego rodzaju zarzutów, gdyż nawet ich potwierdzenie w toku postępowania odwoławczego, nie będzie otwierało wykonawcy drogi do wniesienia odwołania, w którym, po zapoznaniu się z ofertą konkurenta, mógłby zakwestionować prawidłowość badania i oceny jego oferty, w szczególności zaniechanie jej odrzucenia z powodu zaoferowania ceny rażąco niskiej.

Odwołujący nie ma wiedzy odnośnie treści złożonych przez Wykonawcę ECO wyjaśnień ceny, niemniej uwzględniając praktykę niektórych wykonawców działających na rynku, Odwołujący zarzuca, że wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę ECO są nierzetelne, ogólnikowe i lakoniczne, w tym – ze względu na poziom ich ogólności – odnoszą się nie tylko do postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, ale i do innych postępowań, w których Wykonawca ECO bierze udział, wobec czego Zamawiający nie był uprawniony przyjąć na ich podstawie, że zaoferowana przez Wykonawcę ECO w tym postępowaniu cena ma charakter rynkowy. Od Wykonawcy ECO oczekiwać należało przedstawienia szczegółowych kalkulacji ceny ofertowej – cen jednostkowych, popartej dowodami wskazującymi na rynkowy charakter kosztów ujętych w tej kalkulacji i poprawność założeń przyjętych na potrzeby jej dokonania. Samo rozbiecie ceny ofertowej na kilka składowych, nie pokazujące mechanizmu i uzasadnienia dla takiego poziomu kosztów nie spełnia wymogów stawianych wyjaśnieniom z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazanych na stępie. Nie jest także wystarczające przedstawienie przez wykonawcę ogólnej informacji, przykładowo o realizowanych kontraktach na rzecz innych zamawiających, o cenach oferowanych w innych postępowaniach. Każdy z tych elementów, jeśli znalazły się w wyjaśnieniach wykonawcy, powinien zostać przełożony na konkretną wartość liczbową, tj. na wysokość oszczędności, jakie z tego tytułu udało się osiągnąć wykonawcy. Jeżeli

w wyjaśnieniach brak szczegółowych informacji na temat ponoszonych przez niego kosztów, w tym dowodów na poprawność przyjętych w wyjaśnieniach wartości (np. w postaci ofert dostawców materiałów, umów z podwykonawcami itp.), wyjaśnienia te pozostają wyjaśnieniami lakonicznymi, a Wykonawca ECO nie podołał spoczywającemu na nim po myśli art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ciężarowi dowodu.

W zakresie korzystania z dofinansowania z PFRON konieczne jest nie tylko powołanie się na takie możliwości i podanie ogólnej kwoty dofinansowania, ale przedstawienie dokładnej informacji, ile osób, w jakim wymiarze etatu będzie brało udział w wykonaniu zamówienia i jaki stopień niepełnosprawności będą te osoby posiadały. Należy mieć na względzie, iż zatrudnienie osób niepełnosprawnych to nie tylko przywileje związane z otrzymywanym dofinansowaniem, to także konieczność zachowania praw tych osób, jak na przykład praca w wymiarze 7 godzinnym na dobę, dodatkowy urlop wypoczynkowy w wymiarze 10 dni. Jeżeli osoby niepełnosprawne według założeń kalkulacyjnych mają być zatrudnione w wymiarze 8 godzin na dobę, konieczne jest przedstawienie zgody lekarza. Jeżeli Wykonawca Eco powołuje się w wyjaśnieniach na nadwyżki magazynowe, konieczne jest przedstawienie dowodów na tę okoliczność oraz enumeratywne przedstawienie posiadanego sprzętu i środków. Podobnie, jeżeli zamierza korzystać z urządzeń zakupionych na potrzeby innego kontraktu, konieczne jest udokumentowanie faktu niepozyskania bądź skończenia się okresu realizacji kontraktu. Sprzęt używany wymaga założenia rezerwy na konserwację, naprawy. Konieczne jest przedstawienie dowodów na dokonaną amortyzację sprzętu bądź otrzymane darowizny. Zakup sprzętu czy materiałów powinien być poparty fakturami bądź umową z dostawcą obrazującą realność dokonanych założeń kalkulacyjnych. W treści wyjaśnień Zamawiający powinien wyczytać ilość założonego sprzętu i jego rodzaj.

Momentem, w którym wykonawca winien wyjaśnić szczegóły kalkulacji i przyjęte założenia, zarówno co do ceny, jak i sposobu wykonania zamówienia, jest moment prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. To Zamawiający ma otrzymać na tyle wiarygodne i szczegółowe informacje, które pozwolą ustalić, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną, czy też nie. Wszelkie dowodzenie i składanie wyjaśnień w postępowaniu odwoławczym przed Izbą należy uznać za spóźnione. W trakcie postępowania odwoławczego możliwe jest uzupełnienie informacji przekazanych Zamawiającemu w niewielkim zakresie. Nie jest natomiast możliwe wskazywanie na konkretne okoliczności, które przełożyły się na cenę oferty, ale Wykonawca ECO nie wspominał o nich w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu.

Zamawiający wskazał wielkości szacunkową zamówienia w następujący sposób: część nr 1: 1.285.464,51 zł zamówienie podstawowe, 124.951,96 zł zamówienie w ramach prawa opcji, łącznie: 1.410.416,47 zł brutto. Wykonawca Eco zaoferował Zamawiającemu wykonanie usługi za kwotę: 1.123.668,96 zł zamówienie podstawowe, 13.388,64 zł zamówienie

w ramach prawa opcji, łącznie: 1.137 057,60 zł brutto. Wykonawca ECO zaproponował cenę za cały przedmiot zamówienia, która jest o ponad 30 % niższa od średniej wszystkich ofert złożonych w ramach części nr 1 zamówienia. Oferta Wykonawcy Eco zawiera rażąco niską cenę w zakresie usługi mycia okien i elewacji budynku o 57,83 % od średniej wszystkich ofert złożonych w ramach części nr 1 zamówienia oraz o 57,25% średniej wśród wszystkich ofert nie podlegających odrzuceniu. Oferta Wykonawcy Eco zawiera rażąco niską cenę w zakresie prawa opcji tj. jest niższa o 84,45% od średniej wszystkich ofert złożonych w ramach części nr 1 zamówienia oraz o 70,17% od średniej wśród wszystkich ofert nie podlegających odrzuceniu. Ceny za prawo opcji dla poszczególnych Jednostek wycenionych w formularzu ofertowym kształtują się następująco: w zakresie prawa opcji dla Zespołu Jednostek Skarbowych ul. Dolna Wilda o 83,25% od średniej wszystkich ofert złożonych w ramach części nr 1 zamówienia oraz o 56,86% średniej wśród wszystkich ofert nie podlegających odrzuceniu, w zakresie prawa opcji dla jednostki Urząd Skarbowy Poznań Nowe Miasto o 89,56% od średniej wszystkich ofert złożonych w ramach części nr 1 zamówienia oraz o 84,52% średniej wśród wszystkich ofert nie podlegających odrzuceniu.

Wykonawca ECO zaproponował Zamawiającemu średniomiesięczną kwotę na wykonanie prawa opcji w wysokości: 1.115,72 zł brutto tj. 907,09 zł netto. Zgodnie z wymogiem Zamawiającego czynności w ramach prawa opcji muszą być wykonywane niezależnie od normalnego serwisu. Dodatkowe czynności będą wykonywane zgodnie z wymogiem Zamawiającego co 2 godziny 4 x dziennie w dniach od wtorku do piątku i 5 x dziennie w poniedziałki (w godzinach obsługi petentów), w poniedziałki od godziny 10.00 do godziny 18.00, od wtorku do piątku od godziny 9.30 do 15.30. Niemożliwe jest zapewnienie spełnienia wymagań Zamawiającego dla dwóch odrębnych jednostek za kwotę 907,09 zł netto, gdyż ta kwota nie zabezpiecza w żaden sposób kosztów, nawet kosztów pracowniczych. Jako obecny wykonawca usługi na rzecz Zamawiającego Odwołujący zna najbardziej specyfikę obiektów i posiada dokładną wiedzę, jakie koszty należy przewidzieć do realizacji zamówienia. Minimalna obsada do realizacji usługi zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia to 1,5 etatu. Prawidłowo wyliczone koszty pracownicze dla 1 etatu przy minimalnym wynagrodzeniu to 3.786,06 zł, w tym: wynagrodzenie pracownika 2.800,00 zł, składka emerytalna 9,76% – 273,28 zł, składka rentowa 6,50% – 182,00 zł, składka na FP 2,45% – 68,60 zł, składka na FGŚP 0,1% – 2,80 zł, składka ubezpieczenia wypadkowego ok. 1,47% – 41,16 zł, zastępstwa urlopowe- chorobowe – 414,92 zł, ekwiwalent za pranie – 3,30 zł. Przy wymiarze 1,5 etatu koszt ten to 5.679,09 zł. Odwołujący przedstawił też dalszą argumentację dotyczącą kalkulacji ceny.

Wykonawca ECO zastrzegł całą treść wyjaśnień wraz z uzasadnieniem i dowodami tj. całe dokumenty. Tymczasem nawet gdyby uznać, że Wykonawca ECO prawidłowo uzasadnił

utajnienie, co w niniejszej sprawie jest kwestionowane przez Odwołującego, to dopuszczalne byłoby zastrzeżenie jedynie konkretnych informacji wypełniających przesłani uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W tej mierze ewentualnie dopuszczalne jest utajnienie rabatów i cen z ofert dostawców, z którymi Wykonawca ECO łączy stosunki gospodarcze, względnie imion i nazwisk osób wykonujących zamówienie, które to imiona i nazwiska znalazły się w wyjaśnieniach. Możliwość skutecznego zastrzeżenia powyższy informacji jest dopuszczalna tylko wtedy gdy dostawca, oferent przekazując informację Wykonawcy ECO zastrzegł, iż robi to z jedoczesnym obowiązkiem zachowania tych informacji w tajemnicy jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W przypadku braku takiego zastrzeżenia brak jest podstaw do uznania, iż kontrahent Wykonawcy ECO traktował przekazywane informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, a w konsekwencji informacje te nie mogą być skutecznie zastrzeżone.

Zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień i może doznać ograniczenia tylko w przypadkach przewidzianych w ustawie. Za jeden z takich przypadków ustawodawca uznał zastrzeżenie przez wykonawcę określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie każdej informacji musi być precyzyjnie uzasadnione. Zamawiający natomiast mają obowiązek wnikliwego badania zasadności każdego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tak aby zasada jawności postępowania doznawała ograniczeń tylko w sytuacjach uzasadnionych. Na skutek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zasada jawności doznaje bowiem znacznego ograniczenia, uniemożliwiając często innym uczestnikom postępowania skuteczne dochodzenie praw np. poprzez wniesienie odwołania. Dlatego też zarówno w doktrynie prawa, jak i orzecznictwie, spełnienie przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oceniane jest bardzo rygorystycznie.

Podstawę prawną zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowią przepisy art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 w zw. z art. 11 ust. 4 w zw. z art. 11 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tymi przepisami przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Czynem nieuczciwej konkurencji jest ujawnienie, wykorzystanie lub pozyskanie cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca w pierwszej kolejności musi precyzyjnie w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji wykazać wszystkie trzy przesłanki wskazane w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W szczególności opisać jaki to walor gospodarczy posiadają zastrzegane informacje. Mając powyższe na uwadze trudno wyobrazić sobie, jaki walor gospodarczy może mieć lista załączników dołączonych do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa czy też wyjaśnień ceny jak również samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na uwagę zasługuje również fakt, iż same wyjaśnienia ceny nie w każdym przypadku będą mogły liczyć na walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Nawet jeśli dane informacje spełniają element omówionej wyżej tajemnicy przedsiębiorstwa, do ich skutecznego zastrzeżenia niezbędne jest wykazanie tego przez wykonawcę.

W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający w pierwszej kolejności powinien zweryfikować, czy wykonawca dokonując zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w jego treści wyspecyfikował powody, dla których poszczególne informacje zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa jak również, czy załączył dowody potwierdzające podjęcie działań zmierzających do zachowania informacji w poufności za takie dowody uznaje się między innymi umowy z dostawcami zawierające klauzulę o poufności, polityki cenowe, umowy z pracownikami zawierające klauzule o zachowaniu poufności, jak również zarządzenia wewnętrzne odnoszące się do sposobu ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Niezałączenie dowodów powoduje, iż nie została wykazana przesłanka 2. i 3. z art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji informacje nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

III Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie obu odwołań.

W sprawie KIO 3324/20 wskazał, że zaprzecza wszelkim twierdzeniom Odwołującego, które nie zostały w sposób wyraźny potwierdzone przez Zamawiającego lub przez jednoznaczne zapisy dokumentacji postępowania przetargowego. W ocenie Zamawiającego nieuzasadnione jest wywodzenie przez Odwołującego i przypisywanie Zamawiającemu tez i twierdzeń, które stanowią wyłącznie interpretację zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonywaną przez Odwołującego.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał zakres czynności, które wykonawca zobowiązany jest wykonać w ramach zamówienia podstawowego oraz tych, które mają zostać wykonane w ramach prawa opcji. Zamawiający nie wskazywał jednak w żadnym miejscu, jak wykonawcy zobowiązani są skalkulować zamówienie podstawowe, a jak zamówienie w ramach prawa opcji. Zapisy rozdziału 12. specyfikacji

istotnych warunków zamówienia odnoszą się bowiem do całkowitej ceny ryczałtowej za zamówienie.

Formułując specyfikację istotnych warunków zamówienia Zamawiający nie ingerował w sposób organizacji pracy wykonawców, wymaganą liczbę etatów czy pracowników świadczących zamawiane usługi (poza wskazaniem dotyczącym serwisu dziennego), pozostawiając w tym zakresie ocenę i odpowiednie skalkulowanie oferty doświadczeniu i profesjonalizmowi wykonawców, ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia poprzez wskazanie czynności, których wykonania oczekuje i wymaga od wykonawców świadczących usługi. Wykonawcy z kolei, jako działający na rynku przedsiębiorcy, a więc podmioty profesjonalnie świadczące usługi w zakresie sprzątnia, powinni, bazując przede wszystkim na własnym doświadczeniu i zorganizowaniu przedsiębiorstwa, odpowiednio skorelować własną ofertę z wymaganiami wskazanymi w opisie przedmiotu zamówienia.

Zamawiający, wskazując na zakres zamówienia podstawowego i zamówienia w ramach opcji, nie określił i nie narzucił żadnych ograniczeń w zakresie minimalnej wysokości czy też dopuszczalnych limitów dla ceny zamówienia realizowanego w ramach prawa opcji w stosunku do całkowitej ceny zamówienia. W punkcie 4.20 opisu przedmiotu zamówienia określone zostały czynności wymagane dla pracowników wykonujących serwis dzienny, w tym m.in. „bieżące utrzymywanie w należytej czystości ciągów komunikacyjnych oraz pomieszczeń sanitarnych”. Określając z kolei dodatkowe czynności realizowane w ramach opcji Zamawiający wskazał m.in. na dodatkowe czynności dezynfekujące w holach wejściowych, salach obsługi, toaletach, które muszą odbywać się niezależnie od serwisu dziennego. Z zapisów takich nie można jednak wnioskować, że Zamawiający bezwzględnie wymagał odrębnych „brygad pracowniczych” na wykonywanie serwisu dziennego i czynności w ramach opcji. Wskazana w opisie przedmiotu zamówienia odrębność serwisu dziennego i dodatkowych czynności realizowanych w ramach opcji oznacza, że nie można czynności tych wykonywać zastępczo, tzn. nie można zastąpić wymaganego w ramach serwisu dziennego bieżącego utrzymywanie w należytej czystości ciągów komunikacyjnych oraz pomieszczeń sanitarnych ich zdezynfekowaniem, realizowanym w ramach opcji. Potwierdzeniem tego jest także punkt 4.20 opisu przedmiotu zamówienia, w którym Zamawiający wyraźnie dopuścił możliwość wykonywania przez osoby realizujące czynności w ramach serwisu dziennego także innych czynności niewchodzących w ten zakres („Zakres obowiązków serwisu dziennego nie musi ograniczać się tylko do sprzątnia pomieszczeń o ograniczonym dostępie.”). Ponadto wskazana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia cykliczność dodatkowych czynności realizowanych w ramach opcji (Zamawiający nie wymaga bowiem wykonywania tych czynności w sposób ciągły, ale w określonych odstępach czasu) oraz stosunkowo krótki czas reakcji wymagany od

wykonawcy na wdrożenie opcji, a także prognozy dotyczące sytuacji epidemicznej i utrzymującego się stanu zagrożenia epidemicznego, uzasadniają w ocenie Zamawiającego dopuszczalność i prawidłowość skalkulowania kosztów pracowniczych i ryzyka realizacji zamówienia w sposób przyjęty przez Przystępującego CZA-TA. Stawianie dodatkowych wymagań od wykonawców, czy też doprecyzowanie treści SIWZ w zakresie kalkulacji ceny ofertowej, dokonywane po terminie składania ofert jest niedopuszczalne i stanowiłoby naruszenie przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców. Po upływie terminu składania ofert nie można bowiem przerzucać na wykonawców dodatkowego ryzyka związanego z kalkulowaniem ceny oferty, które wprost nie wynikają z zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający, pismem z 22 października 2020 r., zwrócił się do Wykonawcy CZA-TA o wyjaśnienie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wyliczenia ceny dla poszczególnych części zamówienia, w tym części nr 3, której dotyczy odwołanie. Przystępujący CZA-TA złożył szczegółowe wyjaśnienia i kalkulację złożonej oferty, uwzględniając, w ocenie Zamawiającego, wszystkie czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz odnosząc się do poszczególnych elementów kalkulacji wskazanych w wystosowanym przez Zamawiającego wezwaniu.

Zamawiający dokonał analizy przedłożonych dokumentów w zakresie dotyczącym wyjaśnienia elementów składowych zaoferowanej ceny ofertowej. Dokonana analiza nie dała Zamawiającemu podstaw do kwestionowania, czy podważania udzielonych wyjaśnień w zakresie kalkulowania przez Wykonawcę CZA-TA ceny ofertowej, co w konsekwencji spowodowało, że Zamawiający uznał złożone wyjaśnienia, a tym samym uznał, że badana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Przedstawiona kalkulacja i wyjaśnienia nie dają bowiem podstaw do uznania, że wykonanie przez Przystępującego CZA-TA całości zamówienia, tak podstawowego, jak i w ramach opcji, jest niemożliwe czy też poniżej kosztów. Także porównanie ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu wskazuje, że wykonawcy w różny sposób kalkulowali i rozkładali ryzyko związane z realizacją zamówienia. Zamawiający zauważa, że zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia ocenie i porównaniu podlegała cena całkowita zamówienia. Porównanie cen ofert dla części nr 3 złożonych przez Odwołującego i Przystępującego CZA-TA pokazuje, że ceny te kształtują się na zbliżonym poziomie: Przystępujący CZA-TA – cena 984.288,00 zł, Odwołujący – cena 1.018.982,64 zł, co stanowi różnicę 3,3%. Nie można zatem mówić w tej sytuacji, że cena oferty jest rażąco niska.

Zarzuty i argumentacja Odwołującego przedstawione w odwołaniu nie znajdują uzasadnienia w świetle zebranej w toku prowadzonego postępowania dokumentacji i nie potwierdzają, że czynności podjęte przez Zamawiającego są błędne i naruszają w jakikolwiek sposób obowiązujące przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie odwołania KIO 3383/20 Zamawiający wskazał, że uznał zarzuty i żądania Odwołującego za nieuzasadnione. Zamawiający zaprzecza wszelkim twierdzeniom Odwołującego, które nie zostały w sposób wyraźny potwierdzone przez Zamawiającego lub przez jednoznaczne zapisy dokumentacji postępowania przetargowego. W ocenie Zamawiającego nieuzasadnione jest wywodzenie przez Odwołującego i przypisywanie Zamawiającemu tez i twierdzeń, które stanowią wyłącznie interpretację zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonywaną przez Odwołującego.

W zakresie zarzutu niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający powtórzył argumentację zawartą powyżej, dotyczącą odwołania KIO 3324/20.

Zamawiający, pismem z 22 października 2020 r., zwrócił się do Wykonawcy ECO i Wykonawcy CZA-TA o wyjaśnienie w trybie art. 90 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyliczenia ceny dla poszczególnych części zamówienia, w tym części nr 1, 2 i 6. W wyznaczonym terminie Przystępujący CZA-TA złożył szczegółowe wyjaśnienia i kalkulację złożonej oferty, uwzględniając wszystkie w ocenie Zamawiającego czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz odnosząc się do poszczególnych elementów kalkulacji wskazanych w wystosowanym przez Zamawiającego wezwaniu. Zamawiający, uwzględniając okoliczności wskazane powyżej, dokonał analizy przedłożonych dokumentów w zakresie dotyczącym wyjaśnienia elementów składowych zaoferowanej ceny ofertowej. Dokonana analiza nie dała Zamawiającemu podstaw do kwestionowania, czy podważania udzielonych wyjaśnień w zakresie kalkulowania przez Wykonawcę CZA-TA ceny ofertowej, co w konsekwencji spowodowało, że Zamawiający uznał złożone wyjaśnienia, a tym samym uznał, że badana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Przedstawiona kalkulacja i wyjaśnienia nie dają bowiem podstaw do uznania, że wykonanie całości zamówienia, tak podstawowego, jak i w ramach opcji, jest niemożliwe czy też poniżej kosztów.

Także Wykonawca ECO złożył w terminie szczegółową kalkulację złożonej oferty wraz z dodatkowymi dokumentami na poparcie przedstawionych wyliczeń, uwzględniając wszystkie, w ocenie Zamawiającego, czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz odnosząc się do poszczególnych elementów kalkulacji wskazanych w wystosowanym przez Zamawiającego wezwaniu. Dodatkowo Przystępujący ECO złożył pisma wskazujące na zastrzeżenie złożonych przez siebie wyjaśnień oraz dokumentów z uwagi na fakt, że w jego ocenie stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający dokonał analizy przedłożonych, tak w zakresie dotyczącym samego wyjaśnienia elementów składowych ceny ofertowej, jak i zasadności dokonanego przez Wykonawcę zastrzeżenia. Dokonana analiza nie dała Zamawiającemu podstaw do kwestionowania czy podważania udzielonych wyjaśnień w zakresie kalkulowania przez Wykonawcę ECO ceny ofertowej, co

w konsekwencji spowodowało, że Zamawiający uznał złożone wyjaśnienia, a tym samym uznał, że badana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Przedstawiona kalkulacja i wyjaśnienia nie dają bowiem podstaw do uznania, że wykonanie przez Przystępującego ECO całości zamówienia, tak podstawowego, jak i w ramach opcji, jest niemożliwe czy też poniżej kosztów.

W ocenie Zamawiającego tezy stawiane w odwołaniu, skonfrontowane z rzetelnymi wyjaśnieniami Wykonawcy CZA-TA i Wykonawcy ECO nie mogą stanowić argumentu przemawiającego za uznaniem cen ofert konkurencyjnych w stosunku do Konsorcjum DGP za rażąco niskie. Zgodnie z SIWZ ocenie i porównaniu podlegała cena całkowita zamówienia. Porównanie cen ofert złożonych przez Odwołującego, Przystępującego ECO i Przystępującego CZA-TA pokazuje, że ceny te kształtują się na zbliżonym poziomie: 1) część nr 1: Przystępujący ECO – cena 1.137 057,60 zł, Odwołujący – cena 1.204.410,96 zł, co stanowi różnicę w wysokości 5,6%, 2) część nr 2: Przystępujący ECO – cena 1.224.408,00 zł, Odwołujący – cena 1.247.266,68 zł, co stanowi różnicę w wysokości 1,8%, 3) część nr 6: Przystępujący CZA-TA – cena 602.136,00 zł, Przystępujący ECO – cena 532.800,00 zł, Odwołujący – cena 604.027,56 zł; cena oferty Wykonawcy ECO jest niższa od ceny ofertowej Odwołującego o 11,8%, cena oferty Wykonawcy CZA-TA jest niższa o 0,3%. Nie można zatem mówić w tej sytuacji, że ceny ofert Przystępujących są rażąco niskie.

Przystępujący ECO, składając wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, dokonał zastrzeżenia złożonych dokumentów z uwagi na fakt, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności (art. 11 ust.2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Aby zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa należy wykazać, że zastrzeżone informacje: są poufne (nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji), mają wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą, poddane zostały rozsądnym w danych okolicznościach działaniom dla utrzymania ich w tajemnicy.

Zamawiający, dokonując uprzedniej analizy przedmiotowych dokumentów i argumentów podniesionych przez Przystępującego ECO w uzasadnieniu zastrzeżenia, uznał, że czynność Przystępującego ECO zawiera wszystkie wskazane wyżej elementy wymagane dla jej skuteczności, w związku z czym jest prawidłowa i zgodna z przepisami art. 8 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych i art.11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący dokonał analogicznie takiego samego zastrzeżenia złożonych przez siebie wyjaśnień i dokumentów, co zostało również ocenione przez Zamawiającego jako działanie prawidłowe i uzasadnione. Niezrozumiałe w tym kontekście jest odmawianie przez Odwołującego przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa informacjom zawartym w dokumentacji przedłożonej przez konkurenta, jeśli w stosunku do analogicznie tożsamej dokumentacji także Odwołujący wskazywał na w pełni uzasadnione argumenty, przemawiające za utajnieniem informacji w niej zawartych.

Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny ma charakter wyłącznie hipotez stawianych przez Odwołującego, z uwagi na nieznaną argumentację Przystępującego ECO i treści zastrzeżonych dokumentów, nie zasługuje na uznanie wobec rzetelnego uzasadnienia i podjętych zgodnie z obowiązującymi przepisami czynności Przystępującego ECO, mających chronić tajemnicę jego przedsiębiorstwa.

Zarzut przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co przejawiało się w zaniechaniach i czynnościach Zamawiającego wskazanych we wcześniejszych zarzutach, w świetle wyjaśnień i argumentacji Zamawiającego przytoczonych w odniesieniu do tych zarzutów, nie znajduje uzasadnienia. Zamawiający podtrzymuje w tym zakresie wcześniejszą argumentację przytoczoną w odpowiedzi na odwołanie. Nie doszło z jego strony do naruszenia przepisów, nie dokonał też ani nie zaniechał czynności, które uzasadniałyby zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

IV Stanowisko Przystępującego CZA-TA

Przystępujący po stronie Zamawiającego wykonawca – Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „CZA-TA” N. Spółka jawna wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezprzedmiotowego i wskazał, że wszystkie czynności podjęte przez Zamawiającego w części nr 3 i nr 6 przedmiotowego postępowania są zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający poprawnie ocenił wyjaśnienia o braku rażąco niskich cen ofert złożonych przez wykonawców, gdyż przedłożone wyjaśnienia spełniają wymagania określone w ustawie

Prawo zamówień publicznych oraz odpowiadają na wątpliwości Zamawiającego wyrażone w wezwaniu z 22 października 2020 r., a przedłożone wyjaśnienia nie są lakoniczne, ogólne, wybiórcze czy niewystarczające, a przy tym zawarte w nich treści wskazują na to, zaoferowane ceny nie są cenami rażąco niskimi.

Treść oferty Przystępującego CZA-TA odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia oraz wzorem umowy. Zamawiający wskazywał bowiem w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na zamówienie podstawowe i możliwość skorzystania z prawa opcji, a w ofercie otrzymał wycenę sprowadzającą się do realizacji zamówienia podstawowego, jak i zamówienia w ramach prawa opcji. Nie wystąpiły żadne błędne założenia metodologiczne w sposobie wyliczenia ceny ofertowej, tj. Przystępujący CZA-TA poprawnie kalkulował w ramach podanych cen jednostkowych za usługę faktyczne koszty realizacji danej pozycji objętej wyceną w formularzu ofertowym, nie widział konieczności ujęcia w pozycji odnoszących się do zamówienia podstawowego i jednocześnie do zamówienia objętego prawem opcji kosztów realizacji wycenianej usługi poprzez przypisanie ich do konkretnej wyszczególnionej pozycji w formularzu ofertowym. Powyższe wynikało z uwarunkowania: o ile w zamówieniu podstawowym stanowiska sprzątające będą optymalnie obłożone, o tyle stanowiska specjalistyczne – a te wystąpią w każdej jednostce – będą wykorzystane przy pracach okresowych w 50-55%, stąd wystąpiła możliwość, a wręcz biznesowa konieczność zagospodarowania ich potencjału 45-50% przy każdorazowej realizacji prawa opcji, tj. bez obciążania prawa opcji kosztami osobowymi, gdyż te ulokowane są w cenie oferty zamówienia podstawowego.

A więc, w myśl zapisu w dziale III punkt 1. załącznika nr 1 do SIWZ „1. Wykonywanie dodatkowych czynności w holach wejściowych, salach obsługi, toaletach ogólnodostępnych wynikających z Prawa Opcji musi odbywać się odrębnie niezależnie od serwisu dziennego” i tak też w naszym rozwiązaniu organizacyjnym odbywać się to będzie odrębnie niezależnie od serwisu dziennego, a z wykorzystaniem stanowiska specjalistycznego, realizującego na co dzień prace okresowe. Cena oferty w częściach nr 3 i nr 6 w prawie opcji obejmuje tylko koszt koncentratu Quatroles Extra do dezynfekcji powierzchni przeciw koronie wirusowi SARS-Cov-2 w ilości roboczej 200 litrów na miesiąc dla danej jednostki (obiektu) oraz koszt profesjonalnych ściereczek w ilości 20 sztuk/miesiąc/obiekt. Powyższy zakup zamyka się miesięczną kwotą 100,00 zł netto + VAT(23%). Od producenta otrzymaliśmy gratisowo dla każdej jednostki po 4 profesjonalne mgiełkowe rozpylacze, które obsłużą bezkosztowo prawo opcji i zamówienie podstawowe w zakresie realizacji serwisów dziennych. Wykonawca, dbając o minimalizację kosztów wykorzystał i tak ponoszony pełen koszt stanowiska specjalistycznego w zamówieniu podstawowym do wykorzystania jego nie obłożonej części (45%-50%) przy realizacji prawa opcji w przypadku jego wystąpienia, a nie

kalkulując w prawie opcji dodatkowej obsługi kadrowej, gdyż wówczas Zamawiający byłby obciążany dodatkowymi kosztami. Tak więc nie ma podstaw odrzucenia oferty, gdyż nie zawierała rażąco niskiej ceny, a jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji. Przystępujący prowadzi od 6 lat certyfikowaną działalność w oparciu o ISO 9000 i przy tym posiada status zakładu pracy chronionej, zatrudniając aktualnie blisko 2 tys. pracowników, w tym 1.910 pracowników posiada orzeczenia niepełnosprawności umiarkowane i znaczne i to jest baza, z której może korzystać przy organizacji obsługi nowych kontraktów. Odwołujący domaga się od Przystępującego, będącego zakładem pracy chronionej, by popierał dowodami twierdzenia, udowadniał niepełnosprawność pracowników zatrudnionych do realizacji umowy, czy posiada sprzęt, wydruki z programów księgowych, w jakim zakresie jest amortyzowany, jak również dowodów potwierdzających otrzymywanie dofinansowania PFRON, również dowodów potwierdzających dopuszczenie do pracy w pełnym wymiarze, umów z dostawcami środków czy faktur zakupowych traktując go jak nowicjusza w świadczeniu usług utrzymania czystości. Odwołujący jest w posiadaniu pisma wyjaśniającego, na którym poza znakiem ISO:9000, informacji o zakładzie pracy chronionej, widnieje znak firmy FAIR PLAY i stawia drobiazgowo wymagania do wykonawcy, które nie przystają do tego etapu pozyskiwania kontraktu. Odwołujący niedokładnie odczytuje zapisy kalkulacji cenowych części nr 3 i części nr 6, w których Przystępujący umieścił liczbę etatów do każdego przedsięwzięcia – w części nr 3 są przewidziane 23 etaty, natomiast w części nr 6 – 15 etatów. Przystępujący zna rynek osób niepełnosprawnych w Wielkopolsce i posiada kanały dostępności do osób niepełnosprawnych, co umożliwia mu pozyskiwanie takich osób w razie potrzeby. Odwołujący podnosi prozaiczne wymogi przy pracownikach niepełnosprawnych, iż muszą posiadać zgodę lekarza medycyny pracy na pracę powyżej 7 godzin dziennie. Ten elementarny wymóg przy zatrudnianiu niepełnosprawnych pracowników Przystępujący każdorazowo dopełnia. Pracownicy do realizacji zamówienia są pracownikami z odpowiednim stażem w obsłudze maszyn, więc ich wydajność pracy nie będzie mniejsza, a wręcz wysoka. Przystępujący nie zgadza się z twierdzeniem Odwołującego, jakoby usługa nie była realna do wykonania przez pracowników zatrudnionych wraz z koordynatorem odpowiednio dla części nr 3 na 23 etatach i dla części nr 6 na 15 etatach. Przystępujący ma wzorową organizację pracy, wysokie zaangażowanie pracowników w realizację zadań operacyjnych. Pracownicy posiadający niepełnosprawności umiarkowane i znaczne mają ze środków PFRON refundowane dojazdy i powroty z pracy w wysokości od 300 do 700 zł miesięcznie netto. W tej sytuacji nie ma problemu z dotarciem do lokalizacji i przemieszczaniem się pracowników realizujących usługę, a i koszty przemieszczania dla wykonawcy są zerowe, nie obciążające kontraktu.

V Stanowisko Przystępującego ECO

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca – K. A., M. A. prowadzący działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej pod nazwą Eco spółka cywilna K. A., M. A. wskazał, że zarzut dotyczący rzekomej niezgodności jego oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oparty został na twierdzeniu, że według Odwoływającego Przystępujący ECO przedstawił Zamawiającemu jedynie wycenę prowadzącą się do realizacji niemalże w całości zamówienia w ramach zamówienia podstawowego. Twierdzenie Odwoływającego w tym zakresie pozbawione jest jakichkolwiek podstaw faktycznych i prawnych, a Przystępujący zaprzecza, aby jego oferta była niezgodna z SIWZ.

Odwoływający w uzasadnieniu swojego zarzutu stara się wykreować specyficzny sposób realizacji usługi objętej prawem opcji, który nie wynika z SIWZ. Jest to jedynie dowolna interpretacja Odwoływającego, która nie koresponduje z wymaganiami Zamawiającego i ma na celu jedynie wywołanie wrażenia, iż świadczenie usług objętych prawem opcji powinno być droższe niż w rzeczywistości może być. Tymczasem sposób świadczenia objętego prawem opcji został precyzyjnie określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i opisie przedmiotu zamówienia i nie budzi jakichkolwiek wątpliwości. Usługi objęte prawem opcji zostały określone w punkcie 3.12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz części III opisu przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z punktem 3.12 SIWZ Zamawiający zastrzega sobie prawo ewentualnego zwiększenia wielkości zakresu zamówienia podstawowego w ramach prawa opcji. Szczegółowe uregulowania w tym zakresie zawierają załączniki do SIWZ – załącznik nr 1 (OPZ) i załączniki nr 6A i 6B (wzory umów).

Zgodnie z punktem III opisu przedmiotu zamówienia prawo opcji to dodatkowe czynności, które będą realizowane przez wykonawcę wraz z czynnościami przewidzianymi w zakresie przedmiotowym zamówienia podstawowego, wykonywane w sytuacji wprowadzenia stanu zagrożenia epidemiologicznego lub wprowadzenia stanu epidemii przy użyciu środków, które zakupi na ten cel wykonawca (środki muszą być odpowiednie, bezpieczne dla powierzchni oraz zgodne z obowiązującymi przepisami i wytycznymi wydanymi przez odpowiednie instytucje i organy). Wykonywanie dodatkowych czynności w holach wejściowych, salach obsługi, toaletach ogólnodostępnych wynikających z prawa opcji musi odbywać się odrębnie niezależnie od serwisu dziennego. Dodatkowe czynności muszą być wykonywane co 2 godziny 4 x dziennie w dniach od wtorku do piątku i 5 x dziennie w poniedziałki (w godzinach obsługi pacjentów) w poniedziałki od godziny 10.00 do godziny 18.00, od wtorku do piątku od godziny 9.30 do 15.30. Tym samym wykonywanie czynności w ramach opcji w poniedziałek o godz. 18.00 a od wtorku do piątku o 15.30 traktowane jest przez Zamawiającego jako czynności, które mają przygotować obiekt na przyjęcie interesantów w następnym dniu roboczym. Wykonywanie usługi dotyczy następujących powierzchni: drzwi wejściowych,

w tym poręczy, klamek i pochwytów; blatów roboczych, biurek; przesłon ochronnych ze szkła lub tworzywa sztucznego; poręczy przy schodach, balustradach; paneli dotykowych i poręczy w windach; klamek drzwiowych; baterii umywalkowych, pojemników na mydło i papier toaletowy oraz muszli ustępowych, przycisków spłukujących do WC, szczotek i pojemników na szczotki. Wykonywanie raz dziennie czynności w pomieszczeniach biurowych oraz toaletach następujących powierzchni: blatów roboczych, biurek; aparatów telefonicznych; klamek drzwiowych; baterii umywalkowych, pojemników na mydło i papier toaletowy oraz muszli ustępowych, przycisków spłukujących do WC, szczotek i pojemników na szczotki. Przez ww. czynności dodatkowe rozumie się wykonanie prac mających na celu zmniejszenie zagrożenia epidemiologicznego poprzez użycie środków zgodnie z obowiązującymi przepisami i wytycznymi wydanymi przez odpowiednie instytucje i organy. Użycie środków powinno polegać na spryskaniu czyszczonej powierzchni i wytarciu jej do sucha. W przypadku uruchomienia prawa opcji przez Zamawiającego wykonawca zobowiązany jest do realizowania swoich usług w zakresie przedmiotowym przewidzianym dla zamówienia podstawowego i powiększonych o czynności i sposób ich wykonywania wskazany w punkcie III opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący w odwołaniu celowo pominął te elementy specyfikacji istotnych warunków zamówienia i opisu przedmiotu zamówienia, z których jednoznacznie wynika, że usługi objęte prawem opcji stanowią jedynie niewielki zakres czynności do wykonania w stosunku do całego przedmiotu zamówienia, wskazując jedynie niepełną ich treść, co miało na celu wywołanie wątpliwości, co do sposobu realizacji usług. Prawo opcji ujęte w niniejszym postępowaniu nie jest prawem opcji wykonywanym w typowy sposób, tj. polegający na zwiększeniu zakresu zamówienia podstawowego rozumianego jako wykonywanie większej ilości tych samych świadczeń, co objęte zamówieniem podstawowym, lecz zakłada wyłącznie wykonanie dodatkowych czynności obok czynności objętych zamówieniem podstawowym. Zamawiający nie oczekiwał, jak twierdzi Odwołujący, że realizacja usług objętych prawem opcji dotyczy na tyle odrębnego zakresu usług, który nadawałby się np. do wydzielenia jako odrębna część zamówienia i która mogłaby być wykonywana samodzielnie, bez zamówienia podstawowego. Realizacja prawa opcji nie będzie podyktowana zwiększonymi potrzebami Zamawiającego, lecz sytuacją epidemiologiczną w kraju.

W wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Przystępujący ECO w sposób szczegółowy odpowiedział na wezwanie Zamawiającego i przedstawił wszystkie elementy cenotwórcze dotyczące jego oferty, w tym w zakresie zamówienia objętego opcją. Tym samym zaprzecza, aby jego wyjaśnienia zawierały uchybienia, o których mowa w odwołaniu, gdzie Odwołujący stara się przypisać w drodze analogii elementy wyjaśnień innych wykonawców.

Ewentualne niedoszacowanie oferty, które nie miało miejsca, powinno być rozpoznawane w kontekście zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny, a tym samym zarzut dotyczący

niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia powinien zostać oddalony. Opisywane przez Odwołującego okoliczności nie mogą stanowić o niezgodności oferty z SIWZ. Nadto Odwołujący w żadnym miejscu odwołania nie wskazał, na czym ta niezgodność miałyby polegać. Przystępujący tymczasem wypełnił formularz oferty zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego wyrażonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący nie sprecyzował zarzutu rażąco niskiej ceny, posługując się ogólnikowymi stwierdzeniami oraz odwołując się do interpretacji przepisów art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i przywołując na poparcie swoich twierdzeń orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych. W szczególności nie wskazał na jakiegokolwiek uchybienia, jakich mógłby dopuścić się Zamawiający przy ocenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Poza akcentowaniem, iż złożone wyjaśnienia powinny być wyczerpujące i szczegółowe oraz wskazywać na obiektywne czynniki obniżające koszty i zawierać dowody, nie przedstawił żadnych dodatkowych argumentów. Odwołujący nie wykazał, aby oferta Przystępującego ECO zawierała rażąco niską cenę, a Przystępujący ECO w toku postępowania przed Zamawiającym przedłożył szczegółowe wyjaśnienia w zakresie sposobu kalkulacji swojej oferty, które zostały zastrzeżone wraz z załącznikami jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Przystępujący w całości podtrzymuje złożone wyjaśnienia i dowody. Poza ogólnymi stwierdzeniami i przytoczeniem orzeczeń KIO Odwołujący nie wskazał na jakiegokolwiek konkretne uchybienia po stronie Przystępującego ECO lub Zamawiającego w tym zakresie. Biorąc pod uwagę tę okoliczność oraz brak możliwości modyfikacji lub rozszerzenia zarzutów na etapie postępowania odwoławczego, zasadnym jest uznanie, że odwołanie powinno zostać oddalone w tym zakresie.

Wezwanie w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, skierowane do Przystępującego ECO, było precyzyjne i dotyczyło konkretnych elementów oferty Przystępującego, tj. dotyczących wynagrodzenia pracowników oraz zakupu środków niezbędnych do jego wykonania. Tym samym zarzuty dotyczące elementów oferty, co do których Przystępujący nie był wzywany, są chybione i winny zostać oddalone. Odwołujący w nieuzasadniony sposób próbuje nałożyć na Przystępującego obowiązki, których spełnienia nie oczekiwał od niego Zamawiający, co nie znajduje jakiegokolwiek podstaw prawnych lub faktycznych.

Postępowanie przed Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, z którego istoty wynika, że spór toczą równoprawne strony oraz uczestnicy postępowania i to oni mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Wskazuje na to bezpośrednio art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przepis ten nakłada na strony postępowania obowiązki, który zarazem jest ich uprawnieniem do wykazywania dowodów

na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Równocześnie potwierdza on ogólne zasady wyrażone w art. 6 Kodeksu cywilnego, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy stronami sporu.

W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje, w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy Prawo zamówień publicznych to na Odwołującym spoczywa ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe.

Biorąc pod uwagę treść art. 190 ust. 1 oraz art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych należy uznać, że Odwołujący, który stawia zarzuty Zamawiającemu, w zakresie czynności oceny oferty, tj. czy oferta zawiera rażąco niską cenę, zobowiązany jest na mocy przepisu art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 6 Kodeksu cywilnego przedstawić dowody na okoliczność, że kwestionowana oferta zawiera rażąco niską cenę (dowód negatywny). Odwrócony ciężar dowodu nie zwalnia Odwołującego z obowiązku wykazania podstaw faktycznych zarzutu oraz następnie przedstawienia dowodów przeciwnych wobec tych, które przedstawił wykonawca, którego zaoferowana cena jest kwestionowana jako rażąco niska. W odwołaniu w zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny jedynymi argumentami i dowodami przedstawionymi przez Odwołującego są jego własne, abstrakcyjne kalkulacje w zakresie złożonych ofert. Kalkulacje te nie odnoszą się w żadnym miejscu do oferty Przystępującego ECO, lecz stanowią dowolne obliczenia dokonane ze z góry przyjętą tezą wykazania zaniżenia oferty Przystępującego ECO. Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnia bowiem, w jaki sposób sporządził swoje kalkulacje, jaka była metodyka dobierania przez niego składników i ogranicza się w tym zakresie do stwierdzenia, że niemożliwym jest zapewnienia spełnienia wymagań Zamawiającego dla dwóch odrębnych jednostek za kwotę X zł netto, gdyż ta kwota nie zabezpiecza w żaden sposób kosztów, nawet kosztów pracowniczych. Jako obecny wykonawca usługi na rzecz Zamawiającego, Odwołujący zna najbardziej specyfikę obiektów i posiada dokładną wiedzę, jakie koszty należy przewidzieć do realizacji zamówienia. Minimalna obsada do realizacji usługi zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia to X etatu oraz przedstawiamy podstawowe, prawidłowo wyliczone koszty pracownicze, jakie wykonawca winien przewidzieć aby należycie wykonać zamówienie. Po pierwsze, Przystępujący zaprzecza, aby taki przyjęty przez Odwołującego sposób kalkulacji był właściwy i możliwy do zastosowania jako jedyny. Przystępujący w swoich wyjaśnieniach

szczegółowo wskazał sposób skalkulowania oferty. Przedstawiony przez Odwołującego sposób wyliczenia cen jest próbą narzucenia sposobu kalkulacji oferty przyjętą przez Odwołującego, lecz niewymaganą przez Zamawiającego. Wykonawcy w postępowaniu mieli bowiem określony zakres usług do wycenienia, jednakże wybór co do metodyki wyceny mógł być przez nich dokonany samodzielnie. Jako jedyną podstawę o uzasadnienia prawidłowości swoich twierdzeń Odwołujący przedstawia to, że obecnie realizuje usługi objęte postępowaniem na rzecz Zamawiającego, co o niczym nie świadczy. Zamawiający bowiem w szczegółowy sposób opisał przedmiot zamówienia, w związku z czym wszyscy wykonawcy składający oferty w postępowaniu mieli taką samą wiedzę odnośnie jego wymagań.

Jeżeli Odwołujący twierdzi, że z powodu dotychczasowej realizacji przez niego usług na rzecz Zamawiającego był w uprzywilejowanej sytuacji, gdyż posiadał informacje, co do których nie mieli dostępu inni wykonawcy, to zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 18 ustawy Prawo zamówień publicznych winien zostać wykluczony z postępowania. Tym samym argumentacja dotycząca posiadania większej wiedzy niż inni wykonawcy nie może być uznana jako stanowiąca podstawę do uwzględnienia odwołania, lecz stanowić może podstawę do wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Przystępujący zaprzecza, że powinien przewidzieć do realizacji zakresu podstawowego osoby zatrudnione łącznie na minimum 17,50 etatu lub też inne wartości etatowe określone przez Odwołującego. Przystępujący ECO w swojej kalkulacji przedstawił niezbędną ilość personelu wymaganą przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia oraz uwzględniającą jego wiedzę i doświadczenia, a liczby wskazywane w odwołaniu nie wynikają z żadnego elementu SIWZ. Tym samym należy uznać, że kalkulacja Odwołującego w tym zakresie jest dowolna i ma na celu jedynie wywołanie wrażenia, że oferta Przystępującego jest niedoszacowana. Nie znajduje ona jednak żadnego uzasadnienia ani w wymaganiach określonych przez Zamawiającego, ani jakichkolwiek dowodach przedstawionych przez Odwołującego.

Wynagrodzenie, zarówno za podstawowy zakres, jak i zakres objęty prawem opcji, jest wynagrodzeniem ryczałtowym. Oznacza to, że ewentualne błędy Przystępującego będą obciążać wyłącznie jego.

Nawet gdyby uznać, że wyjaśnienia Przystępującego ECO mogły budzić wątpliwości Zamawiającego, to powinien on wezwać go do ich sprecyzowania i wyjaśnienia tychże wątpliwości. Tym samym wniosek o odrzucenie oferty Przystępującego ECO z powodu rażąco niskiej jest przedwczesny, co również potwierdził Odwołujący w powołanym w odwołaniu orzecznictwie .

Zakres informacji zastrzeżonych jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa został zastrzeżony prawidłowo, albowiem dotyczy informacji, co do których zastrzeżenie takie jest

możliwe. Informacje, które zostały obecnie zastrzeżone, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, bowiem są to informacje przedstawiające bardzo szczegółowy sposób kalkulacji oferty, co w sytuacji, gdy wykonawcy mieli dowolność w jej sporządzeniu (wynagrodzenie ryczałtowe) stanowi o przewadze konkurencyjnej Przystępującego ECO i ujawnienie tych informacji pozbawi go tej przewagi w kolejnych postępowaniach, w których będzie brał udział i będzie konkurował m. in. z Odwołującym.

Zgodnie z orzecznictwem KIO za tajemnicę przedsiębiorstwa można uznać przedstawioną szczegółową kalkulację kosztów i przyjętą przez wykonawcę metodologię wyliczenia ceny stanowiącą w praktyce o konkurencyjności firmy na danym rynku. Zastrzeżone informacje stanowią szczegółową kalkulację kosztów i przyjętą metodologię wyliczenia ceny. Istotę tych informacji potwierdza cała argumentacja przedstawiona przez Odwołującego i Przystępującego ECO w niniejszym postępowaniu, bowiem znaczenie dla złożonych ofert mają takie czynniki jak chociażby liczba osób niezbędnych do realizacji zamówienia i sposób ich zatrudnienia, jak również nazwy stosowanych środków i ich dystrybutorów przyjęte przez poszczególne podmioty do kalkulacji kosztów.

Odwołujący w swoim zarzucie nie wskazał jakichkolwiek okoliczności faktycznych uzasadniających zarzut naruszenia art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do oferty Przystępującego, tym samym zarzut sprowadzał się jedynie do stwierdzenia, iż oferta ta nie korzysta z waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie można zatem uznać, że Odwołujący postawił ww. zarzut w sposób prawidłowy, określony przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przystępujący zaprzecza, że nie dokonywał zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa w innych postępowaniach wskazanych w odwołaniu. W postępowaniu dotyczącym Gorzowa Wielkopolskiego zastrzeżona tajemnica była również przedmiotem rozważań KIO i zostało potwierdzone w toku postępowania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę (KIO 2617/18). Prawidłowość zarówno sposobu zastrzeżenia tajemnicy, jak i zakresu informacji objętych tajemnicą, zostały potwierdzone przez KIO w sprawach o sygnaturach KIO 2314/20, KIO 2316/20 oraz KIO 2617/18.

W odpowiedzi na wezwanie do założenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, jakie otrzymał Odwołujący od Zamawiającego w tym samym postępowaniu, również Odwołujący zastrzegł swoje wyjaśnienia oraz załączniki do nich jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym niekonsekwentne i niezrozumiałe jest twierdzenie Odwołującego, że informacje zastrzeżone przez Przystępującego nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, a informacje w tym samym zakresie zastrzeżone przez Odwołującego tajemnicę stanowią.

Zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w ogóle nie został w jakikolwiek sposób skonkretyzowany przez Odwołującego, nie został uzasadniony żadnymi okolicznościami faktycznymi, a tym samym nie można uznać, że w ogóle został w sposób prawidłowy sformułowany. Poza ogólnymi stwierdzeniami Odwołujący nie przedstawia jakichkolwiek okoliczności mających to potwierdzić, a Przystępujący ECO zaprzecza, aby sytuacja taka miała miejsce.

VI Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregoś z odwołań, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów, w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść wezwań do wyjaśnień poziomu ceny i treść dokumentów przedstawionych przez Przystępującego CZA-TA i Przystępującego ECO, nie jest sporny między Stronami i Przystępującymi.

Został on obszernie przedstawiony we wcześniejszej części uzasadnienia, zatem nie będzie powtarzany.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentów postępowania przetargowego przedstawionych przez Zamawiającego oraz stanowisk Stron i Przystępujących przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: oba odwołania zasługują na uwzględnienie.

Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust.1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- 2) art.90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 w zw. z art. 90 ust. 1 i ust. 1a w zw. z art. 7 ust.1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- 3) art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3, art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 w zw. z art. 11 ust. 4 w zw. z art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- 4) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przywołane powyżej przepisy stanowią:

Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3; 4) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

Art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Art. 8 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych: 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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

Art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Art. 2 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych: Ilekroć w ustawie jest mowa o najkorzystniejszej ofercie – należy przez to rozumieć ofertę: a) która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego w szczególności w przypadku zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała albo b) z najniższą ceną lub kosztem, gdy jedynym kryterium oceny jest cena lub koszt.

Art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych: 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.

Art. 11 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: Czynem nieuczciwej konkurencji jest ujawnienie, wykorzystanie lub pozyskanie cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: Wykorzystanie lub ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności gdy następuje bez zgody uprawnionego do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi i narusza obowiązek ograniczenia ich wykorzystywania lub ujawniania wynikający z ustawy, czynności prawnej lub z innego aktu albo gdy zostało dokonane przez osobę, która pozyskała te informacje, dokonując czynu nieuczciwej konkurencji.

W odniesieniu do powyższych zarzutów na wstępie należy stwierdzić, że nie odnoszą się one w ogóle do regulacji art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który dotyczy wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący nie sformułował zarzutów w zakresie nieprawidłowej oceny ofert według kryteriów oceny, np. nieprawidłowej punktacji, niewłaściwego zastosowania kryteriów, tym samym wskazanie takiej podstawy zarzutu jest niezasadne.

Odwołujący, stawiając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust.1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w stosunku do ofert obu Przystępujących, wskazał, że polega on na zaniechaniu odrzucenia ofert ze względu na to, że Zamawiający wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na zamówienie podstawowe i możliwość skorzystania z opcji, a w ofercie otrzymał wycenę sprowadzającą się do realizacji niemal w całości zamówienia w ramach zamówienia podstawowego ze względu na przyjęcie błędnego założenia metodologicznego tkwiącego w sposobie wyliczenia ceny ofertowej, tj. wykonawcy nie kalkulowali w ramach podanych cen jednostkowych za usługę wszelkich kosztów realizacji danej pozycji objętej wyceną w formularzu ofertowym.

Zarzut ten potwierdził się w stosunku do oferty Przystępującego CZA-TA, który zarówno w odpowiedzi z 27 października 2020 r. na wezwanie do wyjaśnień poziomu ceny z 22 października 2020 r., jak i w stanowisku przedstawionym w postępowaniu odwoławczym wskazał jednoznacznie, że w ramach podanych cen jednostkowych nie widział konieczności ujęcia w pozycjach odnoszących się do zamówienia podstawowego i jednocześnie do zamówienia objętego prawem opcji kosztów realizacji wycenianej usługi poprzez przypisanie ich do konkretnej wyszczególnionej pozycji w formularzu ofertowym, co wynikało z uwarunkowania: o ile w zamówieniu podstawowym stanowiska sprzątające będą optymalnie obłożone, o tyle stanowiska specjalistyczne – a te wystąpią w każdej jednostce – będą wykorzystane przy pracach okresowych w 50-55%, stąd wystąpiła możliwość, a wręcz biznesowa konieczność zagospodarowania ich potencjału 45-50% przy każdorazowej realizacji prawa opcji, tj. bez obciążania prawa opcji kosztami osobowymi, gdyż te ulokowane są w cenie oferty zamówienia podstawowego. Przystępujący CZA-TA podkreślił, że Zamawiający wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na zamówienie podstawowe i możliwość skorzystania z prawa opcji, a w ofercie otrzymał wycenę sprowadzającą się do realizacji zamówienia podstawowego, jak i zamówienia w ramach prawa opcji.

Jednak sam fakt, że Przystępujący CZA-TA wycenił w ofercie (w globalnej cenie oferty) zarówno zamówienie podstawowe, jak i opcję, co rzeczywiście jest zgodne z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie oznacza jeszcze, że wycena ta została dokonana zgodnie ze specyfikacją – co podnosił Odwołujący w odwołaniach.

Zamawiający bowiem wymagał wycenienia obu tych pozycji, ale ich osobnego wycenienia, co wynika wyraźnie ze sporządzonego przez Zamawiającego wzoru formularza ofertowego, w którym Zamawiający dla każdej części zamówienia zawarł dwie tabele, z których jedna odnosi się do punktu I opisu przedmiotu zamówienia, czyli zamówienia podstawowego (sprzątania bieżącego), a druga do punktu III, czyli prawa opcji (obejmującego dezynfekcję związaną z sytuacją epidemiczną). W ramach każdej w tych tabel wykonawcy mieli wskazać miesięczne wynagrodzenie brutto dla poszczególnych jednostek – osobno dla zamówienia podstawowego i osobno dla opcji. Jak wynika z postanowień punktu I i III opisu przedmiotu zamówienia oraz § 6 i 7 wzoru umowy, powiązane to było z możliwością osobnego zlecenia obu rodzajów usług oraz z osobnymi płatnościami za każdą z nich.

Tym samym Zamawiający, wbrew jego twierdzeniom, nie pozostawił wykonawcom zupełnej swobody w wycenie obu rodzajów usług. Oczywiście ustalenie konkretnej kwoty za każdą z nich leżało w gestii wykonawców, ale już zakres wyceny w danej pozycji wynikał z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj., jak wskazano, w tabeli pierwszej miał dotyczyć zamówienia podstawowego, a w tabeli drugiej – opcji.

Taki sposób sporządzenia przez Zamawiającego formularza ofertowego był wyraźnym oświadczeniem Zamawiającego – poleceniem dla wykonawców zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącym sposobu wyceny i, w ocenie Izby, nie wymagał dodatkowego opisu czy polecenia zawartego w innej części specyfikacji (specyfikacja istotnych warunków zamówienia to całość, niezależnie od podziału na część główną i załączniki).

Przystępujący CZA-TA w tabeli pierwszej ujął miesięczne wynagrodzenie brutto w części nr 3 w wysokości od 4.490 zł do 24.300 zł – w zależności od jednostki, a w części nr 6 od 3.540 zł do 11.990 zł, natomiast w drugiej tabeli dla wszystkich pozycji obu części w wysokości 123 złote. Jak wyjaśnił, są to tylko koszty płynu do dezynfekcji i ściereczek.

Tym samym w ewidentny sposób nie jest to wycena danej pozycji, nie obejmuje bowiem głównego kosztu w tym zakresie, tj. robocizny. Oferta nie została więc wyceniona w prawidłowy sposób, tj. zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Niezależnie od powyższego budzi też wątpliwości stwierdzenie, że w ramach zamówienia podstawowego Przystępujący CZA-TA przewidział taką liczbę osób/etatów, że dla stanowisk specjalistycznych będzie miał wolne moce przerobowe na poziomie ok. 50%. Również w ocenie Izby takie założenie wygląda na nieekonomiczne i niezgodne z praktyką rynkową. Nawet jeśli jednak tak jest i Przystępujący CZA-TA postanowił w pełniejszy sposób zagospodarować czas pracy pracowników, nie zmienia to faktu, że dokonana wycena jest niezgodna ze specyfikacją, która wymagała osobnej wyceny obu rodzajów usług.

Nie budzi wątpliwości, że cena oferty, w tym sposób jej budowania, jest „treścią oferty”, nie jedynie tzw. formalną, ale tzw. merytoryczną, której dotyczy dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym niezgodność wyceny oferty ze sposobem wskazanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia powoduje konsekwencje wskazane w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli konieczność odrzucenia tak sporządzonej oferty.

Izba natomiast nie stwierdziła potwierdzenia się zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 w zw. z art. 90 ust. 1 i ust. 1a w zw. z art. 7 ust.1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z zaistnieniem rażąco niskiej ceny. Pierwszym powodem był fakt, że – jakkolwiek w niektórych przypadkach można cenę oferty jako rażąco niskiej odnosić do poszczególnych cen jednostkowych lub cen za wykonanie części usługi – ale zależy to od konstrukcji danego konkretnego zamówienia. Natomiast w niniejszym zamówieniu, zdaniem Izby, taka sytuacja nie występuje. Poza tym Odwołujący, konstruując odwołanie, jednocześnie wskazuje na rażąco niską cenę ze względu na brak prawidłowej wyceny prawa opcji oraz na to, że owa opcja została wyceniona w innych

pozycjach, tj. w zamówieniu podstawowym (zatem została jednak wyceniona), a dodatkowo – przez co Zamawiający realnie poniesie większe koszty wykonania zamówienia niż przy prawidłowej wycenie – co musi oznaczać jednocześnie, że wykonawca otrzyma wyższe wynagrodzenie.

Po drugie, Odwołujący – jak również Zamawiający czy Przystępujący CZA-TA – nie przedstawił wystarczających argumentów i danych, by Izba była w stanie stwierdzić, jaka jest pracochłonność i czasochłonność poszczególnych zamawianych usług, a tym samym ich konkretny zakres kosztowy. Poza tym już sama niezgodność wyceny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia powoduje, że ocena oferty w zakresie wyceny może być nieadekwatna, ponieważ, jak wskazuje sam art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, cena i jej części składowe odnoszą się do przedmiotu zamówienia i innych wymagań zamawiającego – zatem w pierwszej kolejności musi zostać spełniony zakres przedmiotowy świadczenia.

W związku z powyższym Izba uznała za konieczne unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części nr 3 i nr 6 oraz powtórzenie badania i oceny ofert w tych częściach, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Przystępującego CZA-TA na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz nie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących Przystępującego ECO Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3, art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 w zw. z art. 11 ust. 4 w zw. z art. 11 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędną ocenę i uznanie skuteczności zastrzeżenia przez tego wykonawcę jako tajemnicy przedsiębiorstwa całości wyjaśnień wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i dowodami złożonymi przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, polegającą w szczególności na przyjęciu, że całość wyjaśnień ceny wraz z dowodami i uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa podlega utajnieniu, mimo iż Wykonawca ECO nie wykazał, że zastrzegane przez niego informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa i w związku z powyższym nakazała ujawnienie wyjaśnień Przystępującego ECO z 26 października 2020 r., za wyjątkiem podmiotów, od których pochodzą załączone do wyjaśnień faktury.

Przystępujący ECO zastrzegł całość pisma z 26 października 2020 r. oraz załączonych do niego dokumentów, co w ocenie Izby było nieuprawnione, a co wyraźnie wynika z treści pisma, w którym wykonawca ten w kolejności wskazał, że zaoferowana przez cena nie jest

rażąco niska, przywołał orzecznictwo, wskazał na wymagania Zamawiającego, wyjaśnił, na czym polega dezynfekcja, podał ogólne koszty zatrudnienia osób niepełnosprawnych (znane ogólnie, gdyż wynikające głównie z przepisów i praktyki pracodawców), opisał warunki pracy związane z dezynfekcją, zawarł (bardzo ogólną) kalkulację kosztów miesięcznego wynagrodzenia, opisał „popularną ostatnio praktykę” zamawiających oraz wskazał na „wyjątkowo sprzyjające” warunki wykonania zamówienia oraz „oszczędności wynikające z wybranych rozwiązań technicznych” (hasłowo).

W ramach załączników do pisma Przystępujący ECO przedstawił informację z PFRON o wysokości przysługującego miesięcznego dofinansowania do wynagrodzeń (bez podania kwoty tego dofinansowania), „formularz cenowy” wykonania usługi, ulotkę płynu do dezynfekcji oraz dwie faktury na zakup standardowych materiałów do wykonania usługi tego typu, tj. środków czystości, worków na śmieci, ściereczek, mopów, odświeżaczy, papieru toaletowego itd.

Informacje te w ocenie Izby są bardzo ogólne i nie zawierają elementów wrażliwych, nie wspominając o szczególnym *know-how* wykonawcy niedostępnym innym wykonawcom, dotyczą wyłącznie wyceny w tym konkretnym postępowaniu, jak też środków powszechnie dostępnych, znanych konkurentom, oferowanych przez szeroki krąg podmiotów. Tajemnicą w tym zakresie może być wyłącznie nazwa konkretnego podmiotu, u którego dane akcesoria zostały zakupione, ujawniona na fakturze (wraz z podpisem osoby wystawiającej fakturę, jeśli jej imię i nazwisko można powiązać z konkretnym podmiotem).

Tajemnicy przedsiębiorstwa nie może również stanowić uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy – co zostało już wcześniej jednoznacznie wskazane w orzecznictwie Izby. Wykonawca powinien uzasadnienie sporządzić w taki sposób, by nie zawierać w nim informacji stanowiących tajemnicę. Samo zaś uzasadnienie jest, w ocenie Izby, ogólnikowe i nie spełnia wymogu art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wykazania, iż zastrzeżone informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dodatkowo należy zauważyć, że dokument „Szczegółowe uzasadnienie zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniu przetargowym nr...” został opatrzony datą 31 października 2020 r. – zatem, jeśli nie jest to pomyłka w dacie, pochodzi z okresu późniejszego niż samo wyjaśnienie, natomiast zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych *per analogiam* wykonawca zastrzeżenia informacji musi dokonać nie później niż w terminie składania tych informacji. Art. 8 ust. 3 sam w sobie odnosi się jedynie do ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jednak jest bezsporne w orzecznictwie, piśmiennictwie i praktyce, że zasadę tę odpowiednio stosuje się także do innych dokumentów – i terminu ich złożenia zamawiającemu. Zatem przy zastrzeganiu wyjaśnień dotyczących ceny, jest to dzień złożenia wyjaśnień. Ponieważ jednak nie było przedmiotem badania Izby podczas rozprawy, kiedy konkretnie dokument ten został złożony

(Odwołujący, nie mając do niego dostępu, nie podniósł tej kwestii, nie podnosił jej także Zamawiający i Przystępujący ECO), Izba nie wywodzi z niej bezpośrednich skutków dla wykonawcy, a jedynie wskazuje na marginesie.

Co zaś do zarzutów związanych z wyceną oferty – zarówno w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust.1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 w zw. z art. 90 ust. 1 i ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba stwierdziła, że na obecnym etapie postępowania – wobec braku dostępu Odwołującego do wyjaśnień Przystępującego ECO, a tym samym formułowanie zarzutów jedynie jako hipotetycznych – nie ma podstaw do uznania zarzutów za zasadne lub bezzasadne. Stwierzenia, czy Przystępujący ECO ujął dane koszty, wszystkie koszty konieczne do prawidłowego wykonania zamówienia itd., Odwołujący będzie mógł dokonać dopiero po zapoznaniu się z tymi wyjaśnieniami, a tym samym dopiero sformułować konkretne zarzuty.

Dodatkowo również w tym przypadku ani Odwołujący – jak również Zamawiający czy Przystępujący – nie przedstawili wystarczających argumentów i danych, by Izba była w stanie stwierdzić, jaka jest pracochłonność i czasochłonność poszczególnych zamawianych usług, a tym samym ich konkretny zakres kosztowy.

W związku z powyższym Izba nie znalazła podstaw do nakazania odrzucenia oferty Przystępującego ECO, lecz do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach zamówienia nr 1, 2, i 6, zgodnie z przyjętą praktyką, co daje wykonawcom możliwość efektywnego odwołania się od powtórzonej czynności Zamawiającego, już po ujawnieniu wyjaśnień. Jest to zgodne z dyspozycją art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, według której Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych), które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba uznała, że nieuzasadnione zatajenie informacji o sposobie wyceny oferty uznanej za najkorzystniejszą może mieć taki wpływ, gdyż mogą się tam znajdować informacje mające wpływ na konieczność podjęcia decyzji o odrzuceniu tej oferty.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając – dla każdego odwołania – uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 15.000 złotych, koszt wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3.600 złotych oraz koszt dojazdu pełnomocnika na rozprawę, uwzględniając fakt, że dla obu odwołań przeprowadzono jedną rozprawę.

Przewodniczący: