

**WYROK**  
**z dnia 20 grudnia 2022 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:            Magdalena Rams**

**Protokolant:                 Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 19 grudnia 2022 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2022 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: **Impel Facility Services Sp. z o. o., z siedzibą w Warszawie oraz Hospital Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Zespolony im. dr. Romana Ostrzyckiego w Koninie,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: **Naprzód Hospital Sp. z o.o., z siedzibą w Łodzi, Naprzód Service Sp. z o.o., z siedzibą w Łodzi, Naprzód Marketing Sp. z o.o., z siedzibą w Łodzi, IZAN + Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 poz. 1233) i nakazuje zamawiającemu: (i) unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) odtajnić w całości wyjaśnienia złożone przez konsorcjum Naprzód Hospital Sp. z o.o., z siedzibą w Łodzi, Naprzód Service Sp. z o.o., z siedzibą w Łodzi, Naprzód Marketing Sp. z o.o., z siedzibą w Łodzi, IZAN + Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie z dnia 9 listopada 2022 r. dotyczące rażąco niskiej ceny.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Wojewódzki Szpital Zespolony im. dr. Romana Ostrzyckiego w Koninie 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 konsorcjum: Impel Facility Services Sp. z o. o., z siedzibą w Warszawie oraz Hospital Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od zamawiającego Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. dr. Romana Ostrzyckiego w Koninie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: Impel Facility Services Sp. z o. o., z siedzibą w Warszawie oraz Hospital Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 830 zł 55 gr (słownie: osiemset trzydzieści złotych i pięćdziesiąt pięć groszy) tytułem zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 3227/22**

## **UZASADNIENIE**

W dniu 30 listopada 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: Impel Facility Services Sp. z o. o., z siedzibą w Warszawie, Hospital Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu Wojewódzkiemu Szpitalowi Zespolonemu im. dr. Romana Ostrzyckiego w Koninie (dalej „Zamawiający”) naruszenie:

1. art. 18 ust. 2 i 3 Ustawy w związku z art. 11 ust. 2 z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 poz. 1233) poprzez zaniechania odtajnienia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny ofertowej złożonych przez wybranego wykonawcę;
2. art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą pomimo, że wybrany wykonawca na wezwanie, o którym mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp nie udzielił wyjaśnień i złożył dowodów, które uzasadniają zaoferowane przez niego ceny i podane koszty a nadto założona przez wybranego wykonawcę oferta zawiera rażąco niską cenę i koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. art. 239 w zw. z art. 16 i 17 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty podlegającej odrzuceniu i zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, która jest ofertą ważną i niepodlegającą odrzuceniu a nadto zawiera najkorzystniejszy bilans z oceny kryteriów ustalonych w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu w zakresie zadań nr 1 i 2: unieważnienie i uchylenie czynności wyboru ofert najkorzystniejszej; ponowne badanie i ocenę ofert; odtajnienie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę: Konsorcjum spółek: Naprzód Hospital Sp. z o.o.; Naprzód Servis Sp. z o.o.; Naprzód Marketing Sp. z o.o. oraz Izan+ Sp. z o.o. (dalej Konsorcjum Naprzód); odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę: Konsorcjum Naprzód jako zawierającej rażąco niską cenę; nakazanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.:

Świadczenie kompleksowych usług utrzymania czystości i porządku w obiektach Izby Administracji Skarbowej w Opolu wraz z dostawą niezbędnych środków czystości i higieny.

Zamawiający w dniu 25.11.2022 r. przekazał i opublikował informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie zadań nr 1 i 2.

#### *Zarzut zaniechania odtajnienia*

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt: KIO 2648/22 z dn. 19 października wyzwał wybranego wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Wybrany wykonawca zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa Szczegółowe wyceny zadania nr 1 i 2 (dalej – kalkulacja/e) stanowiące Załączniki nr 1 i nr 2 do złożonych przez niego wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zamawiający uznał ww. zastrzeżenia i nie odtajnił ww. informacji w toku postępowania. Zamawiający nie udostępnił ww. kalkulacji Odwołującemu, mimo, że ten dwukrotnie wystąpił na podst. art. 74 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) o udostępnienie całej korespondencji z Zamawiającego wybranym wykonawcą w toku powtórnego badania i oceny oferty, w tym w szczególności wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez tegoż wykonawcę dla zadania nr 1 i 2.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odtajnienia kalkulacji złożonych przez wybranego wykonawcę. Zamawiający powinien był odtajnić w/w kalkulacje, gdyż:

- 1) wybrany wykonawca nie wykazał (nie udowodnił), że kalkulacje te stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa;
- 2) tajemnicą przedsiębiorstwa nie mogą być objęte całe dokumenty a tylko niektóre informacje;
- 3) uzasadnienie zastrzeżenia ma charakter ogólnikowy, lakoniczny i nie potwierdza wystąpienia okoliczności, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 4) kalkulacja ceny ofertowej w tym konkretnym postępowaniu nie jest dokumentem ilustrującym autorski model wykonania usługi, w tym strategii cenowej, ale stanowi odzwierciedlenie koncepcji wykonania usługi wymaganej i opisanej w dokumentacji postępowania.

W zakresie obowiązku wykazania słuszności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący wskazał, że wybrany wykonawca nie udowodnił, że zastrzeżone kalkulacje

stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez wybranego wykonawcę jest gołosłowne i niepoparte żadnymi dowodami. Brak ww. dowodów dyskwalifikuje ww. zastrzeżenie. Zamawiający – już chociażby – ze względu na brak ww. dowodów powinien był dokonać odtajnienia. Zamawiający czynności tej zaniechał. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2021 o sygn. akt: KIO 1633/21, wyrok KIO z dnia 19 października 2021 o sygn. akt: KIO 2758/21, wyrok KIO z dnia 29 marca 2021 o sygn. akt: KIO 720/21.

Odwołujący podkreślił, że tajemnicą przedsiębiorstwa objęte mogą być tylko poszczególne, pojedyncze, wyodrębnione informacje, a nie całe dokumenty. Zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa całego dokumentu traktowane jest jako niepodlegające ochronie i jako sprzeczne z zasadą jawności postępowania o zamówienie publiczne. Zdaniem Odwołującego za niejawne w postępowaniu o zamówienie publiczne mogą być tylko informacje chronione i to tylko one mogą zostać utajnione. Nie ma tym samym możliwości utajnienia całego dokumentu. Ochronie podlegają wyłącznie poszczególne informacje. Za ww. stanowiskiem przemawia również literalna wykładnia przepisów art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jak i art. 18 ust. 3 Ustawy. Oba przywołane przepisy posługują się słowem „informacje”. Ponadto oba w ww. przepisów stanowią wyjątek od powszechnie stosowanej zasady jawności i transparentności. Z tego też powodu znaczenie słowa „informacje” nie może być odczytywane rozszerzająco.

Zdaniem Odwołującego informacje takie jak:

- 1) zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564);
- 2) zgodność z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 3) zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie tj. informacje, które zostały zastrzeżone przez wybranego wykonawcę, jako stanowiące konsekwencję przepisów prawa w żaden sposób nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał, że wybrany wykonawca nie mógł wykazać i nie wykazał, iż są to informacje faktycznie podlegające ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa, a w szczególności, że posiadają wartość gospodarczą w tym w szczególności stanowią element strategii cenowej. Tym

samym nie można uznać dokonanego zastrzeżenia za skuteczne w świetle art. 18 ust. 3 Pzp.

Podobnie informacje o dostawcy rabatów. Okoliczność, że wybrany wykonawca współpracuje z określonymi dostawcami chemii, środków hipicznych, urządzeń oraz innych materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia jest powszechnie znana. Wykonawca ten stosuje bowiem ww. środki, narzędzie i materiały na innych kontraktach. Informacje na ich temat podawane są przez wybranego wykonawcę w wykazach sprzętu, narzędzi i środków wymaganych w innych przetargach dla innych zamawiających. Tym samym informacja o współpracy, wybranego wykonawcy z określonymi kooperantami jest powszechnie znana. Nie ma więc podstaw, aby oświadczenie dostawcy o udzielonych rabatach podlegało utajnieniu, w tym zwłaszcza w całości.

Zdaniem Odwołującego, niedopuszczalne jest przyjmowanie przez Zamawiającego jako prawidłowego takiego działania wykonawcy, które polega na zastrzeganiu tajemnicą przedsiębiorstwa całych dokumentów, pomimo, że zawierają one również informacje, które nie mogą być chronione. W takiej sytuacji Zamawiający powinien ujawnić określoną treść dokumentów, która została w sposób nieuprawniony zastrzeżona przez wykonawcę, z wyłączeniem tych informacji, które rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Dokonanie powyższej czynności nie wymaga skomplikowanych zabiegów ze strony Zamawiającego, który "informacje wrażliwe" może zwyczajnie "zasłonić" czy też wymazać.

W zakresie dotyczącym lakoniczności uzasadnienia o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący zwrócił uwagę, że ww. uzasadnienie zastrzeżenia jest ogólne i pozbawione informacji potwierdzających, że ww. kalkulacje posiadają cechy i wartości, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wybrany wykonawca nie wykazał ani nie uprawdopodobnił, aby zastrzeżone przez niego kalkulacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie były powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji. Zastrzeżenie to ogranicza się do zaledwie kilku zdań o bliżej nieokreślonej strategii cenowej standardowo stosowanych przez wielu innych wykonawców. Szkoda, która może ponieść wybrany wykonawca na skutek odtajnienia jest nieskonkretyzowana. Zastrzeżenie to nie zawiera jakiegokolwiek uzasadnienia, że wybrany wykonawca w ramach prowadzonej działalności stosuje jakąś strategię cenową, która wykorzystał w przedmiotowym zamówieniu. Okoliczność, że strategia taka istnieje nie została nawet uprawdopodobniona przez wybranego wykonawcę.

W ocenie Odwołującego, na podstawie ww. zastrzeżenia nie wiadomo również w jaki sposób informacja o udzielonych rabatach miałyby skutkować odszyfrowaniem ww. strategii. Rabaty są zwykłym mechanizmem rynkowym stosowanym pomiędzy wszystkimi stale współpracującymi ze sobą podmiotami na rynku. Informacja na ten temat jest powszechnie znana i wpisuje się w zwykły model biznesowy. Jest to rodzaj gratyfikacji za stałą współpracę i zachęta do jej kontynuowania. Rabaty te wpisują się w książkowy rodzaj przywiązania klienta i dziwnym byłoby, gdyby podmiot o zakresie działalności wybranego wykonawcy ich nie posiadał. Nie można natomiast przyjąć, że uzyskanie ww. rabatów jest rzeczą niezwykłą na rynku lub przejawem nadzwyczajnych relacji pomiędzy wybranym kontrahentem a jego dostawcami. Przeciwnie jest to zwykły sposób prowadzenia biznesu.

Odwołujący zaznaczył również, że kalkulacje sporządzone przez wybranego wykonawcę na potrzeby niniejszego postępowania nie zawierają kompleksowych informacji o zakresie, sposobie i modelu jego działalności w pełnym jego spektrum. Wybrany wykonawca na wezwanie Zamawiającego zobowiązany był scharakteryzować i przedstawić kalkulację jednego konkretnego zamówienia. Na podstawie danych ww. zamówienia nie sposób odczytać strategii stosowanej przez jak sam siebie opisał ww. wykonawca – doświadczony podmiot działające na rynku medycznym zarówno polskim, europejskim i światowym. Zamówienie to obrazuje jedynie niewielki, pojedynczy wycinek działalności ww. wykonawcy. Uwagi wymaga, że ww. wycinek co do sposobu i metod wykonania, a w konsekwencji i kosztów został narzucony przez Zamawiającego w SWZ. Wycinek ten (to konkretne zamówienie) nie jest więc reprezentatywne dla wybranego wykonawcy. Zamówienie to zostanie zrealizowane w sposób narzucony przez zamawiającego, a nie w oparciu o autorki pomysł wybranego wykonawcy. Wobec powyższego kalkulacje te nie są charakterystyczne dla wybranego wykonawcy nie stanowią informacji o jego „pomyśle na biznes”, czy aktywności gospodarczej w stopniu wymagającym ochrony poprzez zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący podkreślił, że na podstawie kalkulacji sporządzonej dla tego konkretnego postępowania żaden wykonawca nie może odczytać strategii cenowej Konsorcjum Naprzód ani tym bardziej stosować jej wprost. Informacje zawarte w ww. kalkulacjach na skutek treści SWZ są bowiem konsekwencją wymogów dotyczących realizacji zamówienia wynikających z SWZ. Ponadto nawet, gdyby przyjąć, że ww. kalkulacje zawierają jakieś elementy strategii cenowej Konsorcjum Naprzód to i tak są to tylko pojedyncze informacje, a nie całość dokumentu. Odwołujący podkreślił, że ze względu na narzucony model realizacji usługi wynikający z SWZ, informacje zwarte w ww. kalkulacjach są zbyt skąpe, aby dokonać odczytania strategii cenowej, na które to zagrożenie powoływał się wybrany wykonawca. Zdaniem Odwołującego wybrany wykonawca nawet nie opisał jakie działania podjął w celu zachowania poufności swojej strategii cenowej. Oferta wybranego

wykonawcy udostępniona Odwołującemu nie zawiera żadnej wzmianki o ww. działaniach wybranego wykonawcy. Oferta ta nie zawiera również dowodów na tę okoliczność. Wątpliwym jest także, aby dowody takie mogły być w ogóle przedstawione przez Konsorcjum.

Dalej, w zakresie dotyczącym braku autorskich rozwiązań zawartych w kalkulacji, Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający w SWZ szczegółowo sprecyzował wymagania dotyczące sposobu realizacji usługi, w szczególności określił wymagania względem obsady stanowiskowej, godzin wykonywania usługi w wyodrębnieniach na poszczególne oddziały szpitalne, wyposażenia osób realizujących zamówienie, wymogi co do właściwości i sposobu oddziaływania środków chemicznych i higienicznych stosowanych do wykonania zamówienia, wyróżnił i wskazał również częstotliwość poszczególnych czynności do realizacji, sprzęt wymagany do realizacji zamówienia. Tym samym Zamawiający nie pozostawił wykonawcom swobody w organizacji i sposobie wykonania usługi. Zamawiający wyraźnie określił czego oczekuje od usługi i jak usługa ma być realizowana. Ze względu na powyższe wymogi co do sposobu realizacji zamówienia, wykonawca został pozbawiony w postępowaniu możliwości sporządzenia i przedstawienia autorskiej koncepcji wykonania usługi. W konsekwencji wykonawca nie mógł stosować wybranych przez siebie strategii cenowych. Zastrzeżone kalkulacje nie stanowią autorskiej koncepcji wykonania usługi a stanowią wyłącznie odpowiedź na model wykonania usługi wynikający z SWZ. Doborowi systemów i rozkładów czasów pracy osób realizujących zamówienie nie można przypisać waloru rozwiązania wyjątkowego, niepowtarzalnego, stworzonego na potrzeby konkretnego zamówienia, gdyż wymiar, rodzaj, sposób zatrudniania na usłudze wynikają z wymagań opisanych przez Zamawiającego SWZ. Wymagania te są jednakowe dla wszystkich wykonawców. Tym samym wyjaśnieniem tym nie można przypisać żadnej wartości gospodarczej, gdyż nie ma w tym przypadku mowy o autorskiej, unikalnej koncepcji realizacji zamówienia, wymagającym ochrony know-how wykonawcy, czy realizacji jakiegokolwiek strategii cenowej. Samo wyspecyfikowanie kosztów zamówienia, zwłaszcza w przypadku, gdy dotyczy to kosztów wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów prawa, nigdy nie było i nie może być uznawane za tajemnicę przedsiębiorstwa, czy przejaw strategii cenowej. Tego rodzaju koszty po prostu występują w kalkulacji jako rzecz oczywista, wynikająca z przepisów prawa, powszechnie znana a w tym konkretnym postępowaniu wynikająca również z etatyżacji wymaganej w SWZ.

W ocenie Odwołującego, dane zawarte w ww. kalkulacjach nie są poufnymi rozwiązaniami technologicznymi lub autorskimi koncepcjami wykonania usługi, przejawianymi strategii cenowych skoro rozwiązania te ze względu na obowiązujące przepisy o minimalnym



wynagrodzeniu oraz treść SWZ są jednakowe dla wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie i zostały narzucone w SWZ. Wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny w postępowaniu nie świadczą o szczególnej wiedzy wymagającej ochrony w szczególności, gdy wymagania co do sposobu zatrudnienia oraz sposobu realizacji usługi zostały określone w treści SWZ.

Odwołujący wskazał ponadto, że w zakresie kosztów pracy wyłącznie informacje w postaci: danych osobowych osób realizujących zamówienie, takich jak: imię i nazwisko, adres zamieszkania, PESEL, NIP, nazwa prowadzonej działalności gospodarczej, mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W pozostałym zakresie - informacje podane w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny - kluczowe do oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny - w tym uzasadnienie kosztów, kalkulacja cenowa oraz ewentualnie inne dane takie jak: stanowisko, ilość jednostek rozliczeniowych, stawki jednostkowe, wysokość wynagrodzenia netto, brutto, dodatki do wynagrodzenia, koszty zastępstw urlopowych i chorobowych - nie stanowią informacji, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk, tj. informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub inne informacji posiadających 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.

Odwołujący podniósł również, że usługi utrzymania czystości w szpitalach stanowiące przedmiot niniejszego zamówienia mają charakter standardowy. W przypadku tego rodzaju usług nie występuje więc możliwość powoływania się na innowacyjną metodę wykonania zamówienia, szczególne "know-how" dostępne wyłącznie dla ww. Wykonawców, którego ujawnienie mogłoby narazić tychże Wykonawców na szkodę. W przypadku usługi utrzymania czystości - fakt, że podstawowym składnikiem kosztowym tej usługi jest koszt zatrudnienia pracownika- jest powszechnie znany. Co istotne - informacje o minimalnych wynagrodzeniach pracowników są powszechnie znane i wynikają z obowiązujących przepisów prawa.

Odwołujący wskazał, że w przypadku usług utrzymania czystości objętych zamówieniem, do podstawowych składników kosztowych należą:

1. koszty zatrudnienia osób realizujących zamówienie (koszty pracy),
2. koszt wyposażenia osób realizujących zamówienie oraz koszty badań i szkoleń tychże osób,

3. koszty chemii, środków czystości, środków czystości, środków ochronny osobistej oraz narzędzie i urządzeń niezbędnych do wykonania usługi;
4. koszty dzierżawy pomieszczeń
5. koszty szkoleń pracowników, badań mikrobiologicznych, programu monitorującego poziom higieny szpitalnej, mycia okien, zabezpieczenia powierzchni podłogowych środkiem konserwującym
6. zysk.

W ramach przedmiotowej usługi - nie występują inne składniki kosztowe. Taki sam sposób wykonywania usługi - dotyczy wszystkich wykonawców na rynku. W związku z powyższym, Odwołujący wskazał, że w przypadku przedmiotowego zamówienia, wyłącznie wąski zakres informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wybranego wykonawcy dotyczących danych identyfikujących pracowników zatrudnionych do realizacji usługi może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. W pozostałym zakresie - w szczególności informacje dotyczących uzasadnienia kosztów, kalkulacje cenowe oraz inne dane kosztowe - nie stanowią informacji technologicznych, handlowych, organizacyjnych, obrazujących wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła kupna i zbytu, posiadających wartość ekonomiczną i gospodarczą.

Odwołujący podkreślił, że powinien mieć możliwość weryfikacji w szczególności uzasadnienia kosztów oraz kalkulacji cenowej - w szczególności w zakresie analizy, czy koszty pracy zostały przyjęte na poziomie nie niższym niż minimalne wynagrodzenie za pracę. Zdaniem Odwołującego, powinien on również mieć możliwość weryfikacji kosztów wykonania zamówienia w tym w szczególności kosztów wyposażenia osób realizujących zamówienie, ich badań, szkoleń. Tak samo w zakresie dotyczącym chemii, środków czystości, środków higienicznych, narzędzi, urządzeń i maszyn niezbędnych do realizacji zamówienia jak i wymaganych w SWZ. Odwołujący powinien móc w szczególności przeanalizować, czy data dokumentów księgowo-rozliczeniowego dotyczących ww. kosztów są aktualna i dotyczą aktualnych stawek wynagrodzeń, czy też - przedstawiono dowody nieaktualne - odnoszące się do stawek nierynkowych, za które obecnie nie ma możliwości zatrudnienia pracowników i realizacji zamówienia jako takiego. Odwołujący w ww. zakresie wskazuje na wyrok Krajowej izby Odwoławczej o sygn. akt: KIO 2745/17 prezentujący stanowisko tożsame ze stanowiskiem Odwołującego.

Niezależnie od powyższego, oraz na wypadek, gdyby część tajna wyjaśnień wybranego wykonawcy zawiera dodatkowe zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa lub dowody potwierdzające legalność przedmiotowego zastrzeżenia, Odwołujący wskazał, że zgodnie z

ugruntowanym stanowiskiem Izby niedopuszczalnym jest zastrzeżenie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa samego dokumentu zawierającego uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Dokument taki nie zawiera bowiem ani informacji technicznych, ani żadnych innych, które mogłyby mieć wartość gospodarczą dla wykonawcy. Nadto jego ujawnienie w żadnej mierze nie może zaszkodzić danemu przedsiębiorcy. Zatem, Zamawiający winien był udostępnić Odwołującemu wskazany dokument, tak aby Odwołujący mógł zweryfikować, czy wybrany wykonawca skutecznie zastrzegł kalkulacje oraz oświadczenia swoich dostawców.

Odwołujący podkreśla ponadto, że sformułowanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dla uzasadnienia tejże tajemnicy nie spełnia wymogów ustawowych, gdyż z natury rzeczy nie kwalifikuje się jako informacja o której mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zakazie konkurencji. Niemożliwym jest także, aby wykonawca wykazał, że podjął czynności w celu zachowania poufności danych i informacji zawartych w ww. uzasadnieniu. Odwołujący podkreślił, że uzasadnienie zastrzeżenia jest jawne, gdyż jego treść zawiera opis czynności, które zostały podjęte w celu realizacji art. 11 ust. 2 ustawy o zakazie konkurencji. Sam opis ww. czynności oraz dowody potwierdzające ich dokonanie nie mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa i są wyłącznie informacją o działaniach, których skutkiem jest zachowanie poufności niektórych informacji gospodarczych, lub handlowym. Tym samym nie istnieje powód dla zastrzeżenia ww. uzasadnienia lub dowodów do niego załączonych jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

*Zarzut dotyczący nieudzielenia przez wybranego wykonawcę wyjaśnień i niezłożenia dowodów, które uzasadniają zaoferowane przez niego ceny i podane koszty oraz złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Odwołujący wskazał, że ww. zarzut sformułował na podstawie udostępnionej mu części jawnej wyjaśnień wybranego wykonawcy oraz – w zakresie dotyczącym części tajnej ww. wyjaśnień – własnej wiedzy co do kosztów realizacji zamówienia znajdujących uzasadnienie i wynikających z dokumentacji postępowania.

Wobec powyższego Odwołujący wyjaśnił, że:

- a) ze względu na termin udostępnienia mu wyjaśnień wybranego wykonawcy wraz z informacją o istnieniu części niejawnych tychże wyjaśnień, oraz
- b) z uwagi na okoliczność, że część tajna wyjaśnień wybranego wykonawcy może, ale nie musi zawierać informacje i oświadczenia dodatkowe, szersze lub inne niż wynika z części jawnej ww. wyjaśnień oraz inne niż założone przez Odwołującego koszty wykonania zamówienia i sposób ich finansowania.

Odwołujący podnosi niniejszy zarzut z ostrożności procesowej i wnosi o traktowanie niniejszego zarzutu jako zarzutu ewentualnego.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt: KIO 2648/22 z dn. 19 października 2022 r. wezwał wybranego wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Ustawy. W wykonaniu ww. wyroku Zamawiający zobowiązał wybranego wykonawcę do udzielenia odpowiedzi na poniższe pytania. Zamawiający w szczególności zwraca się do Państwa o wyjaśnienie:

- a. czy, a jeżeli tak, to w jakiej wysokości skalkulowali Państwo ryzyko niedokonania przez Zamawiającego waloryzacji wynagrodzenia,
- b. jaką stawkę minimalnego wynagrodzenia za pracę przyjęli Państwo przy szacowaniu kosztów osobowych realizacji usługi w 2023 r.,
- c. jak Państwo skalkulowali koszty osobowe, biorąc pod uwagę spodziewany wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2023 r. i ryzyko niedokonania przez Zamawiającego waloryzacji wynagrodzenia.

Ponadto Zamawiający wezwał wybranego wykonawcę do przedstawienia dowodów. Zamawiający zaznaczył, że dowody muszą być merytoryczne a Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty, za którą Wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia. (...) Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy. Wybrany wykonawca w części jawnej odpowiedzi na ww. wezwanie złożył wyjaśnienia, w których - w zakresie ww. pytań - oświadczył, że: Wykonawca wskazuje, iż skalkulował ofertę zgodnie z wytycznymi Zamawiającego podanymi w SWZ i w odpowiedziach na pytania, w tym odpowiedzią na pytanie 16 z dnia 08.07.2022 r. (pismo numer WSZ-EP-12/947/2022) tj.:

Pytanie 16. Jakie stawki wynagrodzeń należy przyjąć do kalkulacji kosztów usługi, jeżeli na dzień składania ofert obowiązująca stawka wynagrodzenia przy zatrudnieniu na Umowę o Pracę wynosi 3010,00 zł brutto, zaś nie znane są stawki na 2023 rok. Czy Zamawiający udzieli waloryzacji w 2023 roku potencjalnemu Wykonawcy, który skalkuluje wartość postępowania wg obowiązujących stawek?

Odpowiedź Zamawiającego: Zamawiający oczekuje złożenia oferty aktualnej na dzień jej złożenia, ewentualną waloryzację stawek Zamawiający może rozważyć w oparciu o obowiązujące przepisy w tym zakresie.

W związku z powyższym Wykonawca przyjął przy szacowaniu kosztów osobowych wynagrodzenie minimalne aktualne na dzień składania ofert. Odpowiedź wybranego wykonawcy była identyczna dla zadania nr 1 i 2.

Wybrany wykonawca wskazał również, że: przedstawia szczegółową wycenę wszystkich elementów, które Wykonawca planuje wykorzystać przy realizacji niniejszego zamówienia zgodnie z załącznikiem nr 1A i 1B do niniejszych wyjaśnień, który stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ponadto, wybrany wykonawca wskazał, że załącznikami do złożonych przez niego wyjaśnień rażąco niskiej ceny są:

1. Certyfikaty ISO 9001, ISO 14001, ISO 45001,
2. Potwierdzenie posiadania statusu zakładu pracy chronionej (Naprzód Hospital Sp. z o.o., Naprzód Service Sp. z o.o.),
3. Załącznik nr 1A i 1B do wyjaśnień- tajemnica przedsiębiorstwa,
4. Oświadczenie dostawcy w zakresie uzyskiwanych rabatów- tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający zaakceptował wyjaśnienia ww. wykonawcy i wybrał oferty wykonawcy Konsorcjum naprzód jako najkorzystniejsze w zadaniach nr 1 i 2. Wobec udostępnionej Odwołującemu części jawnej wyjaśnień wybranego wykonawcy, Odwołujący wskazał, że ww. czynność wyboru jest niezgodna z Ustawą i skutkuje wyborem ofert, które powinny zostać odrzucone. W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podaje jak poniżej a tytułem wstępu podkreśla, że przedmiotem odwołania jest przede wszystkim ocena zachowania Zamawiającego. W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny wyjaśnień złożonych przez wybranego wykonawcę i błędnie uznał, że wykonawca ten wywiązał się ze spoczywającego na nim ciężaru dowodu prawidłowości ceny oferty. Odwołujący podnosi, że Zamawiający na podstawie ww. wyjaśnień i przedstawionych przez wybranego wykonawcę dowodów nie był uprawniony uznać, że cena zaoferowana przez wybranego wykonawcę nie jest rażąco niska; nie została skalkulowana poniżej kosztów i jest ceną rynkową.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wbrew przepisowi art. 224 ust. 5 i 6 Ustawy zaniechał odrzucenia oferty wybranego wykonawcy. W ocenie Odwołującego wyjaśnienia wybranego wykonawcy nie są konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane. Wyjaśnienia te nie rozwiewają i nie usuwają wątpliwości co do ceny za wykonanie zamówienia. Wykonawca ten

nie przedstawił również żadnych dowodów, które potwierdzałyby prawidłowość i zasadność dokonanej przez niego kalkulacji ceny.

W zakresie dotyczącym wyjaśnień złożonych przez wybranego wykonawcę Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia wybranego wykonawcy nie usuwają podejrzania, o którym mowa w art. 224 ust. 1 Ustawy, gdyż są ogólnikowe, niekonkretne, a w zakresie udostępnionym Odwołującemu pozbawione jakichkolwiek wyliczeń, lub kalkulacji a nadto nie zawierają jakichkolwiek dowodów potwierdzających, że zaoferowana cena jest rzeczywiste, racjonalne, uzasadnione i rynkowe.

Odwołujący podkreślił, że wyjaśnienia wybranego wykonawcy w ogóle nie zawierają odpowiedzi na postawione przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku o sygn. akt: KIO 2648/22 i Zamawiającego pytania. Wybrany wykonawca w części jawnej na pytania Zamawiającego, które stanowią powielenie pytań sformułowanych przez Krajową Izbę Odwoławczą udzielił następujących odpowiedzi:

1) na pytanie: czy, a jeżeli tak, to w jakiej wysokości wybrany wykonawca skalkulował ryzyko niedokonania przez Zamawiającego waloryzacji wynagrodzenia Wybrany wykonawca w ogóle nie udzielił odpowiedzi.

2) na pytanie jaką stawkę minimalnego wynagrodzenia za pracę wybrany wykonawca przyjął przy szacowaniu kosztów osobowych realizacji usługi w 2023 r., wybrany wykonawca oświadczył, że przyjął przy szacowaniu kosztów osobowych wynagrodzenie minimalne aktualne na dzień składania ofert.

3) na pytania jak wybrany wykonawca skalkulowali koszty osobowe, biorąc pod uwagę spodziewany wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2023 r. i ryzyko niedokonania przez Zamawiającego waloryzacji wynagrodzenia, wybrany wykonawca w ogóle nie udzielił odpowiedzi.

Wobec powyższego Odwołujący wskazał, że wybrany wykonawca w zakresie pytań nr 1 i 3 w ogóle nie wykonał wezwania a jedyna udzielona przez niego odpowiedź tj. odpowiedź na pytanie nr 2 nie usuwa wątpliwości, o których mowa w art. 224 ust. 5 Ustawy. Skutkiem powyższego oferta wybranego wykonawcy powinna być zostać odrzucona. Co do odpowiedzi na pytanie nr 2 Odwołujący podnosi, że ww. odpowiedź jest niejednoznaczna i nie zawiera jasnej, czytelnej informacji o konkretnej kwocie wynagrodzenia minimalnego, którą wybrany wykonawca zastosował do oszacowania kosztów osobowych, które będzie ponosił w związku z realizacją zamówienia. Wybrany wykonawca nie udzielił wymaganej od niego odpowiedzi i podobnie jak podczas rozprawy dotyczącej sprawy o sygn. akt: KIO

2648/22 unika podania oczekiwanych od niego danych, kwot i informacji. Już z tego chociażby powodu, zdaniem Odwołującego, wykonawca nie podołał ciążącemu na nim obowiązkowi, o którym mowa w art. 224 ust. 5 Ustawy a złożona przez niego oferta powinna być zostać odrzucona.

W zakresie dotyczącym dowodów, do złożenia, których wybrany wykonawca został zobowiązany wezwaniem Zamawiającego, zdaniem Odwołującego, dowody przedstawione przez wybranego wykonawcę nie zawierają jakichkolwiek informacji o kosztach wykonania przedmiotowego zamówienia. Dowody te nie potwierdzają również, że sposób przypisania i obliczenia kosztów wykonania oraz wycena usługi znajduje uzasadnienie w opisie przedmiotu zamówienia oraz dostępnych dla wykonawcy możliwości obniżenia ceny.

Dowodami przedstawionymi przez wybranego wykonawcę są:

- 1) Certyfikaty ISO 9001, ISO 14001, ISO 45001,
- 2) Potwierdzenie posiadania statusu zakładu pracy chronionej (Naprzód Hospital Sp. z o.o., Naprzód Service Sp. z o.o.),
- 3) Załącznik nr 1A i 1B do wyjaśnień- tajemnica przedsiębiorstwa,
- 4) Oświadczenie dostawcy w zakresie uzyskiwanych rabatów- tajemnica przedsiębiorstwa.

Co do certyfikatów:

Certyfikaty są dokumentami potwierdzającymi jakość usług realizowanych przez wybranego wykonawcę, a nie ich koszt. Treść przedstawionych przez wybranego wykonawcę certyfikatów nie zawiera informacji, że są one realizowane w sposób szczególnie oszczędny lub też, że ich stosowanie w wykonaniu usługi obniża koszt jej wykonywania o określoną kwotę. Brak ww. informacji powoduje, że ww. certyfikaty nie stanowią dowodu na obniżenie koszty wykonania usługi. Odwołujący zaznaczył, również że posiadanie ww. certyfikatów przez wybranego wykonawcę w żaden sposób nie wpływa na koszty zatrudnienia osób realizujących zamówienie. Minimalna wysokość ww. kosztów wynika z przepisów prawa i jest całkowicie niezależna od posiadanych przez wykonawców certyfikatów.

Co do posiadania przez uczestników Konsorcjum statusu ZPChR:

Okoliczność, że wykonawca posiada status ZPChR nie stanowi dowodu na to, że w przedmiotowym postępowaniu wybrany wykonawca mógł przyjąć do obliczenia ceny oferty niższe niż minimalne koszty wykonania zamówienia. Odwołujący tak samo jak w odwołaniu dotyczącym sprawy o sygn. akt: KIO 2648/22 wskazuje, że, koszt wykonania zamówienia, nie może być wytłumaczony przez wybranego wykonawcę otrzymywanym dofinansowaniem

do wynagrodzenia pracowników niepełnosprawnych. Zadeklarowanie otrzymywania ww. dofinansowania w żaden sposób nie oznacza, że pomoc publiczna została przyznana wybranemu wykonawcy do realizacji niniejszego zamówienia dla osób wskazanych do wykonania zamówienia. Ponadto zgodnie z opinią prawną UZP pn. „Badanie rażąco niskiej ceny oferty po nowelizacji”- „wykonawca może uzasadniając niskie koszty pracy pomocą publiczną, która została mu przyznana, a nie zamiarem ubiegania się o taką pomoc. Jedynie w takim przypadku możliwe jest bowiem definitywne ustalenie udziału wykonawcy w ponoszeniu kosztów wynagrodzenia pracowników, względem których przyznawane jest dofinansowanie, a informacja ta jest niezbędna dla zamawiającego w procesie oceny czy cena lub koszt są rażąco niskie”. Wobec powyższego nie można uzasadniać niskich kosztów pracy zarówno pomocą publiczną, która została udzielona dla osób zatrudnionych do realizacji innych umów niż umowa w sprawie niniejszego zamówienia, jak i zamiarem ubiegania się o taką pomoc.

Przedstawienie przez wykonawcę potwierdzającego posiadany przez niego status ZPChR nie potwierdza, że może obniżyć koszty zatrudnienia osób realizujących w dowolnym zamówieniu. Wykonawca może obniżyć ww. koszty wyłącznie w przypadku, gdy zatrudniona przez niego osoba niepełnosprawna z przyznanym dodatkiem zostanie skierowana do realizacji konkretnego zamówienia. Trudno wyobrazić sobie sytuację, w której przedsiębiorca zatrudnia pracowników, dla których nie ma pracy i ponosi określone koszty pracy wyłącznie w celu posiadania niejako „zapasowych kadr”. Odwołujący zaznaczył również, że przesuwanie pracowników czy to w zakresie ZPChR czy pracodawcy nie posiadającego takiego statusu nie jest łatwe chociażby ze względu na konieczność np. zmiany miejsca zamieszkania, oderwania od spraw rodzinnych jak i pod względem prawnym. Delegowanie pracownika do zadań w innym miejscu jest ograniczone czasowo a w niektórych przypadkach wymaga zgody pracownika. Ze względu na powyższe posiadanie statusu ZPChR nie stanowi dowodu na możliwość obniżenia kosztów wykonania zamówienia w tym kosztów płac osób realizujących zamówienie. Przywołanym dowodem wybrany wykonawca nie wykazał bowiem, że dysponuje określonym zespołem osób niepełnosprawnych z przyznanymi dofinansowaniami, które będą realizować zamówienie. Dowód ten jest więc obojętny dla sprawy i nie stanowi wykonania obowiązku, o którym mowa w art. 224 ust. 5 Ustawy.

Co do Załączników nr 1A i 1B do wyjaśnień – kalkulacje.

Zdaniem Odwołującego, ww. kalkulacje nie stanowią dowodu w myśl art. 224 ust. 1 Ustawy, gdyż są oświadczeń własnym wykonawcy. Odwołujący wskazał, że na gruncie Kodeksu postępowania cywilnego wypracowany został pogląd, zgodnie, z którym dokument prywatny



sporządzony w formie pisemnej albo elektronicznej stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie. Dokument prywatny nie dowodzi wprost tego, że miały miejsce fakty w nim podane. Jest zaś dowodem tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie w nim zawarte. Dowód ten nie korzysta w procesie z uprzywilejowania.

Co do oświadczenia dostawcy w zakresie uzyskiwanych rabatów, zdaniem Odwołującego, oświadczenie to jest dowodem niewystarczającym na potwierdzenie okoliczności potwierdzających obniżenie ceny. Fakt, że wykonawca uzyskuje rabaty o określonej wielkości wymaga przedstawienia również przedstawienia faktur kosztowych, które będą zawierały informacje o aktualnych rabatach stosowanych pomiędzy przedsiębiorcami. Samo oświadczenie dostawy nie potwierdza, że ww. rabaty są rzeczywiście stosowane pomiędzy przedsiębiorcami. Odwołujący zaznaczył, że ww. rabaty mogą być stosowane tylko powyżej określonego wolumenu sprzedaży, lub w oznaczonych okresowe, albo do oznaczonych produktów. Stąd też konieczne jest wykazanie, że do produktów wykorzystywanych w tym konkretnym zamówieniu rabat znajduje zastosowanie. Samo oświadczenie producenta ww. okoliczności nie potwierdza. Ponadto, tak samo jak w przypadku certyfikatów Odwołujący podnosi, że ww. rabaty są obojętne dla kosztów zatrudnienia osób realizujących zamówienie. Rabaty pozostają bez związku z ww. kosztami i wpływają na ich obniżenie.

W ocenie Odwołującego, zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą, dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. Zaistnienie po stronie wykonawcy obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty powinno być przez niego udowodnione. Wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinien bowiem wskazać jakie czynniki spowodowały obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na możliwość obniżenia ceny oferty. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Udzielone wyjaśnienia powinny być wyczerpujące, konkretne i przekonujące, w przeciwnym wypadku będą one miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen (zob. wyrok KIO z dnia 14 maja 2013 roku, sygn. akt: KIO 960/13).

Odwołujący podkreślił, że wybrany wykonawca nie przedstawił dowodów, które potwierdzałyby, że zaoferowana przez niego cena jest realna a nadto, że uwzględnia ryzyko niedokonania przez Zamawiającego waloryzacji wynagrodzenia z powodu wzrostu płacy

minimalnej w 2023 r.. Dowody przedstawione przez wybranego ww. wykonawcy w ogóle nie dotyczą ww. okoliczności tj. kalkulowania kosztów wzrostu płac z powodu zmiany płacy minimalnej w 2023 r. w cenę ofertową. Zdaniem Odwołującego, również Zamawiający, dokonując oceny złożonych wyjaśnień, ma obowiązek zweryfikowania, czy są one realne, poparte wiarygodnymi dowodami, tj. czy w sposób skuteczny wykonawca obalił ciężące na nim domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny. Jak stanowi bowiem art. 224 ust. 6 Ustawy, nie tylko brak złożenia wyjaśnień, ale również złożenie wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty.

2.9. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez wybranego wykonawcę uznając, że wykonawca ten wykazał, iż jego oferta złożona na zadanie nr 1 i 2 zamówienia nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający zgodnie z ustawą Pzp powinien był co najmniej z należytą starannością zbadać wyjaśnienia wykonawcy, ocenić na ile przedstawione przez wykonawcę uzasadnienie potwierdza rynkowy charakter oferty oraz czy podane informacje znajdują uzasadnienie w przedstawionych dowodach. Zamawiający ww. zachowania zaniechał.

Odwołujący podkreślił, że jedynie rzetelne badanie takich wyjaśnień - a nie poprzestanie na akceptacji ogólnikowych argumentów jest gwarantem zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu przetargowym - stanowi realizację zasad, o których mowa w art. 16 i 17 Ustawy. Wypełniając dyspozycję przepisu art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy wykonawca zobowiązany jest do złożenia wyjaśnień, które w sposób niebudzący wątpliwości pozwalają na ustalenie czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Obowiązek złożenia wyjaśnień cechujących ww. przymiotami, dotyczy zwłaszcza przypadków, w których - tak jak w tym niniejszym postępowaniu - wezwanie nie stanowi prostego powtórzenia brzmienia art. 224 ust. 3 Ustawy, ale zawiera wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących oznaczonego i sprecyzowanego zagadnienia. Odwołujący podkreśla, że złożenie jakichkolwiek wyjaśnień nie czyni zadość wymogom art. 224 ust. 1 lub 2 oraz 5 Ustawy. Prawidłowa ocena złożonych wyjaśnień powinna uwzględniać zgodność oferty z przedmiotem zamówienia a ponadto w sposób niebudzący wątpliwości wykazywać okoliczności, które są właściwe (indywidualne) tylko dla wykonawcy składającego wyjaśnienie, a jednocześnie nie zachodzą w przypadku pozostałych wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienia o podobnej skali i wartości. Wyjaśnienia powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnosić się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z obowiązującym poglądem orzecznictwa i doktryny Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej przez wykonawcę ceny w oparciu o

dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień - temu służy procedura wyjaśnienia opisana w 224 ust. 1 i 2 ustawy. Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji, uwarunkowań w jakich dokonywał kalkulacji, szczególnych przesłanek warunkujących przyjęty sposób kalkulacji oraz innych istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, jak np. korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje warunki finansowe, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania ceny obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy stanowiące informacje w zakresie ceny powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego Wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, winien wskazać wszystkie okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny. Wyjaśnienia winny być jasne, konkretne i spójne. Winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia, uwzględniać jego założenia oraz specyfikę właściwą np. dla danej branży. Ponadto winny wskazywać okoliczności i podstawę obniżenia przez wykonawcę ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny ciąży na wykonawcy. Odwołujący zaznaczył także, że w przypadku gdy złożone wyjaśnienia cenowe są zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie nie wykazują możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej to oferta takiego wykonawcy powinna zostać odrzucona. Mając na uwadze brzmienie art. 224 ust. 5 Ustawy aktualnym jest wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), w którym podkreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 Ustawy (aktualnie 224), a także wskazano na konieczność uznania, że cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą że oferowana przezeń cena rażąco niską nie jest. Podane tezy odnoszące się do wymaganej zawartości i "jakości" wyjaśnień składanych Zamawiającemu uważa się w orzecznictwie i doktrynie za obowiązujące. W stanie prawnym odnoszącym się do niniejszego postępowania przetargowego, jak również obecnie ustawodawca przesądził słuszność ww. argumentów, wprost wskazując ww. przepisie ustawy, że to wykonawca powinien wykazać Zamawiającemu, że cena jego oferty lub cena istotnej części składowej oferty nie jest rażąco niska, i musi wykazać to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia, jest wyrażana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych teza o wymaganej staranności wykonawcy w

składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 224 Ustawy, a tym samym ryzyku jakie ponosi wykonawca w przypadku uznania, że wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny. Odwołujący podkreśla, że wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc konkretne, tak aby możliwe było ich przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa była ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności. Informacje podane przez wybranego wykonawcę nie posiadają ww. przymiotów. Przeciwnie złożone przez tegoż wykonawcę oświadczenia dowodzą, że dokonał on swobodnej, oderwanej od postanowień SWZ oraz wymogów prawa podatkowego ustalenia ceny ofert.

Mając powyższe na uwadze, zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia wybranego Wykonawcy nie wykazują, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Wybrany Wykonawca nie wykazał przyczyn uzasadniających realność obniżenia ceny w zakresie ceny za zamówienie, w tym w szczególności nie wykazał zgodności z prawem przyjętych przez siebie kosztów wynagrodzeń pracowniczych obowiązujących w 2023 r. a tym samym nie wykazał również, że zaoferowana przez niego cena całkowita jest rzeczywista i obejmuje wszelkie koszty wykonania zamówienia oraz wymagane podatki.

Z daleko idącej ostrożności, Odwołujący zaznaczył również, że argumentacja co do działań typowych, nie może stanowić wyjaśnienia w zakresie obniżania ceny w stosunku do stałych, typowych cen czy kosztów. Argumentacja ta może jedynie wskazywać dlaczego i o ile ceny te nie zostały podniesione. Odwołujący zaznacza także, że wybrany wykonawca w swoich wyjaśnieniach nie wykazał, że zidentyfikował i ustalił (wycenił) wszystkie koszty wykonania zamówienia wynikające potrzeb Zamawiającego opisanych SWZ oraz ryzyk kontraktowych stanowiących konsekwencję wzoru umowy przedstawionego przez Zamawiającego.. Tym samym wyjaśnienia złożone przez wybranego Wykonawcę nie spełniają wymogów, o których mowa w art. 224 ust. 5 Ustawy i jako takie powinny zostać ocenione jako niewystarczające i skutkujące odrzuceniem oferty.

Odwołujący podkreślił, że wybrany wykonawca nie złożył żadnych dowodów świadczących o prawidłowości przeprowadzonej kalkulacji a złożone przez niego wyjaśnienia dowodzą, że kalkulując cenę ofertową zignorował ryzyko niedokonania przez Zamawiającego waloryzacji wynagrodzenia, godząc się niejako z ewentualnością przedwczesnego rozwiązania umowy. Wykonawca ten podczas rozprawy wskazał bowiem, że bierze pod uwagę dopuszczalne na podstawie umowy rozwiązaniem umowy z zachowaniem 3 miesięcznego okresu wypowiedzenia – stanowisko wybranego wykonawcy znajduje się na str. 28 wyroku KIO dotyczącego sprawy o sygn. akt KIO 2648/22.

Niezależnie od powyższego oraz z daleko idącej ostrożności Odwołujący wskazał, że cena oferty wybranego wykonawcy jest rażąco niska i nie uwzględnia wszystkich kosztów wykonania zamówienia, w tym zwłaszcza nie uwzględnia obowiązujących w 2023 r. kosztów płacy minimalnej. Wyjaśnienia i wyczerpujące wyliczenia wybranego wykonawcy są ogólnikowe, nieoparte dowodami, nie uwzględniają oczywistych ryzyk związanych z udziałem w postępowaniu przetargowym i realizacją zamówienia w niepewnych warunkach gospodarczych. Odwołujący zwraca również uwagę, że cena wybranego wykonawcy nie uwzględnia kosztów, które mogą się pojawiać w skutek okoliczności niezawinionych przez strony, niestanowiących jednocześnie siły wyższej. Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko przedstawione przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie o sygn.. akt: KIO 2648/22 i tak samo jak wówczas podnosi, że:

W postępowaniu zostały złożone poniżej wskazane oferty:

<b>PAKIET 1</b>		
Numer	Nazwa (firma) i adres wykonawcy	Cena
1.	Konsorcjum firm: Impel System Sp. z o.o. Impel Facility Services Sp. z o.o. Ars Medica Sp. z o.o. Hospital Service Sp. z o.o. ul. A. Słonimskiego 1 50-304 Wrocław	3 244 498,08 zł brutto
2.	Konsorcjum firm: Izan + Sp. z o.o. ul. Żabiniec 46 31-215 Kraków Naprzód Service Sp. z o.o.	3 016 418,52 zł brutto
	Naprzód Hospital Sp. z o.o. Naprzód Marketing Sp. z o.o. ul. Traktorowa 126 91-204 Łódź	
3.	Konsorcjum firm: Ever Medical Care Sp. z o.o. Ever Cleaning Sp. z o.o. ul. Arkuszowa 39 01-934 Warszawa	3 605 450,08 zł brutto

<b>PAKIET 2</b>		
Numer	Nazwa (firma) i adres wykonawcy	Cena
1.	Konsorcjum firm: Impel System Sp. z o.o. Impel Facility Services Sp. z o.o. Ars Medica Sp. z o.o. Hospital Service Sp. z o.o. ul. A. Słonimskiego 1 50-304 Wrocław	5 914 778,98 zł brutto

2.	Konsorcjum firm: Izan + Sp. z o.o. ul. Żabiniec 46 31-215 Kraków Naprzód Service Sp. z o.o. Naprzód Hospital Sp. z o.o. Naprzód Marketing Sp. z o.o. ul. Traktorowa 126 91-204 Łódź	5 282 559,96 zł brutto
3.	Konsorcjum firm: Ever Medical Care Sp. z o.o. Ever Cleaning Sp. z o.o. ul. Arkuszowa 39 01-934 Warszawa	6 927 258,46 zł brutto

Na potrzeby sprawy o sygn. akt KIO 2648/22 Odwołujący przedstawił kalkulacje wraz z dowodami (folder tajemnica przedsiębiorstwa), które potwierdzają, iż cena jest rażąco niska i nie pokrywa wszystkich, wymaganych przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej kosztów. Odwołujący wnosi o dopuszczenie dowodu z ww. kalkulacji wraz z załączonymi do nimi dowodowymi znajdującymi w aktach ww. sprawy o sygn. akt KIO 2648/22 na okoliczność, że oferta Konsorcjum naprzód zawiera rażąco niską cenę i nie uwzględnia wszystkich kosztów wykonania zamówienia w tym w szczególności kosztów płac minimalnych, które będą obowiązywać w 2023 r.

Odwołujący podkreślił, iż przedmiotowa oferta była składana dnia 07.09.2022, zatem przed opublikowaniem Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. (Dz.U. z 15 września 2022 r. poz. 1952). W związku z tym, iż przedmiotowe postępowanie zakładało zawarcie umowy na 12 m-cy i nie zawierało klauzul waloryzacyjnych, Wykonawcy zobligowani byli do skalkulowania w cenie oferty wzrostu wynagrodzeń w roku 2023. Z obliczeń wskazanych w tabelach w „Załącznik nr 1 - zestawienie do odwołania PAKIET 1” i Załącznik nr 2 - zestawienie do odwołania PAKIET 2” wynika, iż Konsorcjum Naprzód nie przewidziało tak wysokich wzrostów wynagrodzeń dla pracowników od stycznia 2023 oraz od lipca 2023 jakie ustalił Ustawodawca. Odwołujący do sporządzenia kalkulacji przyjął, że osoby realizujące zamówienie będą zatrudniane wg stawek minimalnych w kolejnych czasookresach obowiązywania umowy, tj.:

3 m-ce: 3 010,00 (X/XI/XII.2022)	<b>uśredniona wysokość wynagrodzenia: 3 377,50</b>
6 m-cy: 3 450,00 (I/II/III/IV/V/VI.2023)	
3m-ce: 3 3600,00 (VII/VIII/IX.2023)	

Odwołujący wskazał, że cena za wykonania zamówienia, zaoferowana przez Wybranego Wykonawcę nie pokrywa nawet jego podstawowego kosztu jakim są koszty pracy (koszty zatrudnienia osób realizujących zamówienie).

Zamawiający określił w SWZ:

- dla pakietu 1 (załącznik nr 3 str. 8 pkt. 19; pkt. 3.28 str. 49) minimalną liczbę pracowników niezbędnych wykonania zamówienia, co do których konieczne jest zatrudnienie na podstawie umów o pracę, 51 osób (z wyłączeniem pracowników oddelegowanych przez Zamawiającego)
- dla pakietu 2 (załącznik nr 4 str. 9 pkt. 19; pkt. 4.31 str. 55) minimalną liczbę pracowników niezbędnych wykonania zamówienia, co do których konieczne jest zatrudnienie ich na podstawie umów o pracę, 106 osób (z wyłączeniem pracowników oddelegowanych przez Zamawiającego)

Istotnym jest również, że wymogi co do dostępności pracowników wykonawcy i wskazanych w SWZ, godzin świadczenia usługi na obiekcie, połączone z ustalonym w zamówieniu obowiązkiem zatrudniania na umowę o pracę narzucają określony (policzalny) model zatrudniania. Wykonawca nie ma w niniejszym postępowaniu dowolności zatrudnienia, a wybrany przez niego system pracy, zawsze musi odpowiadać wymogom dostępności ustalonym w SWZ.

Odwołujący zaznaczył również, że koszty realizacji zamówienia oprócz minimalnego wynagrodzenia za pracę, powinny uwzględniać również rezerwy na choroby pracowników oraz urlopy. Wysokość tychże rezerw powinna odpowiadać obowiązującej stawce jednej roboczogodziny. Cena ofertowa, po odjęciu kosztów zatrudnienia wynikających z zatrudnienia pracowników wg stawek minimalnych zgodnych z dozwoloną w postępowaniu formą zatrudnienia, powinna pozostawiać racjonalny, rzetelny i bezpieczny zapas pozwalający finansować ww. zastępstwa. Jak wykazano w załącznikach do niemniejszego odwołania Wybrany Wykonawca takiej rezerwy nie zachował.

W świetle powyższych wymogów, bezsporne jest, aby każdy wykonawca przewidział w swojej ofercie co najmniej:

- 1) zatrudnienie na podstawie umowy o pracę na pełny etat co najmniej 51 osób (pakiet 1), 106 (pakiet 2);
- 2) skalkulował wynagrodzenie osób, o których mowa w pkt 1, jako nie niższe niż średnia równowartość minimalnego wynagrodzenia za pracę, w wysokości obowiązującej

w okresie X-XI.2022, I-VI.2023, VII-IX.2023 tj. 3 377,50 zł brutto płacone pracownikom oraz pozostałe koszty, takie jak:

- a. ZUS pracodawcy
- b. koszty urlopowe i chorobowe
- c. Fundusz Socjalny (ZFŚS)
- d. ekwiwalent BHP
- e. medycyna pracy
- f. obsługa kadrowo - płacowa
- g. dodatki za pracę w porze nocnej

w wyniku, których koszt jednego etatu określa się na poziomie: 4 608,00

Same koszty wynagrodzeń pracowników w okresie trwania umowy wyniosą:

- dla pakietu 1 2 820 096,00 (235 008 m-cznie)
- dla pakietu 2 5 861 376,00 (488 448,00 m-cznie)

Tymczasem wybrany wykonawca zaoferował realizację usługi za kwotę :

- dla pakietu 1 3 016 418,52 (251 368,21 m-cznie)
- dla pakietu 2 5 282 559,96 (440 213,33 m-cznie)

Praktyką jest iż wykonawcy uwzględniają w swoich wyliczeniach kwoty dofinansowań do zatrudnienia osób niepełnosprawnych. Odwołujący w kalkulacji również takie dofinansowanie uwzględnił (załącznik: lista pracowników z dofinansowaniem, zanonimizowane orzeczenia o stopniu niepełnosprawności) na poziomie, który ma obecnie, albowiem realizował do dn. 3.10.2022 zamówienie w zakresie PAKIETU nr 2 u Zamawiającego. Pracownicy Ci w dalszym ciągu pozostają zatrudnieni u Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że koszt wykonania zamówienia, nie może być wytłumaczony przez wybranego wykonawcę zadeklarowaniem, iż będzie otrzymywał dofinansowanie do wynagrodzenia pracowników niepełnosprawnych. Zadeklarowanie otrzymywania ww. dofinansowania w żaden sposób nie oznacza, że pomoc publiczna została przyznana wybranemu wykonawcy do realizacji niniejszego zamówienia dla osób wskazanych do wykonania zamówienia. Ponadto zgodnie z opinią prawną UZP pn. „Badanie rażąco niskiej ceny oferty po nowelizacji”- „wykonawca może uzasadniając niskie koszty pracy pomocą publiczną, która została mu przyznana, a nie zamiarem ubiegania się o taką pomoc. Jedyne



w takim przypadku możliwe jest bowiem definitywne ustalenie udziału wykonawcy w ponoszeniu kosztów wynagrodzenia pracowników, względem których przyznawane jest dofinansowanie, a informacja ta jest niezbędna dla zamawiającego w procesie oceny czy cena lub koszt są rażąco niskie”. Wobec powyższego nie można uzasadnić niskich kosztów pracy zarówno pomocą publiczną, która została udzielona dla osób zatrudnionych do realizacji innych umów niż umowa w sprawie niniejszego zamówienia, jak i zamiarem ubiegania się o taką pomoc.

Uwzględniając powyższe stanowisko, w ocenie Odwołującego wysokość otrzymywanego dofinansowania na dzień składania ofert wraz z listą pracowników i zanonimizowanymi orzeczeniami o stopniu niepełnosprawności (załącznik do odwołania) ma więc wszelkie możliwości, aby udowodnić rzeczywisty koszt osobowy ponoszony przy realizacji usługi na obiekcie Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego – jednego z największych pracodawców osób niepełnosprawnych w Polsce – rzeczywisty, możliwy do osiągnięcia poziom dofinansowania obejmuje wartości i ilości osób wskazane w załączniku do odwołania (tajemnica przedsiębiorstwa). Wynagrodzenie pracowników oraz związane z nim pochodne składają się na większą część kalkulowanej ceny ofertowej, nie są jednakże jedyne. Zamawiający w SWZ i załącznikach postawił wiele innych wymagań, które musi spełnić Wykonawca, a tym samym doliczyć je do swojej oferty.

Odwołujący w szczegółowy sposób wskazuje w tabelach „Załącznik nr 1 - zestawienie do odwołania PAKIET 1” i Załącznik nr 2 - zestawienie do odwołania PAKIET 2”, koszty które będą występowały na kontrakcie wraz ze wskazaniem zapisów SWZ i załączników odnoszących się do nich, a także załącza materiał dowodowy na poparcie wyliczeń. Wśród pozostałych kosztów, na które będzie składała się usługa wymienić należy:

- narzędzia i sprzęt ręczny, mopy, dozowniki, wycieraczki
- środki chemiczne
- środki dezynfekcyjne
- środki higieniczne
- środki ochrony osobistej
- odzież robocza
- worki foliowe
- szkolenia personelu
- badania mikrobiologiczne
- najem pomieszczeń i media
- program monitorujący poziom higieny szpitalnej
- mycie okien
- zabezpieczenie środkiem konserwującym powierzchni

Odwołujący zastrzega również, że kalkulacja nie jest jego własnym pomysłem na organizację usługi. Kalkulacja ta jest de facto sprawdzeniem ceny ofertowej wybranego wykonawcy polegającym na zestawieniu minimalnych kosztów wykonania zamówienia przy uwzględnieniu wymogów SWZ.

Biorąc pod uwagę wyliczenia „Załącznik nr 1 - zestawienie do odwołania PAKIET 1” i Załącznik nr 2 - zestawienie do odwołania PAKIET 2”, oraz pozostałe dane zawarte folderze „tajemnica przedsiębiorstwa”, w ocenie Odwołującego, wartości zaoferowane przez wybranego wykonawcę są nierealistyczne, mające niewątpliwie znamię niedoszacowanej wyceny usługi. Takie skalkulowanie przedmiotu zamówienia uniemożliwia bezpieczne, prawidłowe i należyte wykonanie zadania zgodnie z zapisami i jasno określonymi minimalnymi wymogami Zamawiającego zawartymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia. Nie bez znaczenia jest również fakt, iż wskazane wyliczenia nie zakładają jakiegokolwiek marży. Niemożliwe jest, aby podmiot rynkowy w prowadzonej przez siebie działalności nie zakładał zysku.

Ważnym jest by wskazać i same koszty miesięcznego wykonania umowy to kwota:

Pakiet	Koszt wykonania umowy	Oferta Konsorcjum NAPRZÓD	Marża Konsorcjum NAPRZÓD zł	Marża Konsorcjum NAPRZÓD %
Pakiet 1	3 192 895,91 266 074,66 m-cznie	3 016 418,52 251 368,21 m-cznie	<b>- 176 477,39 - 14 706,45 m-cznie</b>	<b>- 5,09</b>
Pakiet 2	5 783 954,57 481 996,21 m-cznie	5 282 559,96 440 213,33 m-cznie	<b>- 501 394,61 - 41 782,88 m-cznie</b>	<b>- 9,5%</b>

Zdaniem Odwołującego, wybrany wykonawca drastycznie zaniżył swoją cenę przedstawioną w ofercie, co ma przełożenie na fakt, iż nie są one w stanie pokryć minimalnych kosztów związanych z realizacją przedmiotu Zamówienia, nie wspominając już o wygenerowaniu jakichkolwiek zysków, gdyż przy tym poziomie cen jest to nierealne. Deklaracja wybranego Wykonawcy w zakresie realizacji niniejszego zamówienia za powyższą cenę grozi Zamawiającemu nienależytem wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości. Kalkulacja wynagrodzenia na takim poziomie stanowi bezspornie czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o

zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003r. nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Przepis ten stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Ponadto działaniem spełniającym przesłanki uznania danego działania przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Jeżeli działania podejmowane przez przedsiębiorcę nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał również zaznaczyć, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą KIO przyjmuje się, że „ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku.” (sygn. akt: KIO 560/12 z dnia 12 kwietnia 2012 r.). Ponadto, innym czynnikiem pozwalającym klasyfikować zaoferowaną przez ww. Wykonawców cenę jako rażąco niską jest „cena (...) która uniemożliwia realizację zamówienia. (sygn. akt: KIO 676/12 z dnia 20 kwietnia 2012 r.). Kalkulacja wynagrodzenia oferty wybranego Wykonawcy na zaoferowanym poziomie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003r. nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Przepis ten stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Ponadto działaniem spełniającym przesłanki uznania danego działania przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Jeżeli działania podejmowane przez przedsiębiorcę nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający udzielając zamówienia publicznego, a więc de facto dysponując środkami publicznymi, działa w celu zaspokojenia potrzeb ludności i zobligowany jest mieć pewność, że wybrany Wykonawca daje rękojmię należytego, wykonania zamówienia a złożona przez niego oferta jest ofertą realistyczną,

gwarantującą świadczenie usługi zgodnie ze standardem wskazanym w Specyfikacji Warunków Zamówienia. Niedopuszczalnym jest, więc, w ocenie Odwołującego, nie tylko z uwagi na treść i znaczenie podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych, ale również z uwagi na ww. cel, któremu służyć ma prawidłowe procedowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zaniechanie przez Zamawiającego, jakiegokolwiek czynności wskazanej w Ustawie służącej wyborowi oferty najkorzystniejszej a w konsekwencji narażenie Zamawiającego na ponoszenie wszelkich negatywnych skutków uzyskania świadczenia o niewłaściwej jakości.

***Izba ustaliła co następuje:***

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „kompleksowe usługi w zakresie sprzątnia i dezynfekcji pomieszczeń Wojewódzkiego Szpitala Zespołonego im. dr. Romana Ostrzyckiego w Koninie.”. Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na 2 części (pakiety nr 1 i 2).

Pakiet nr 1 obejmował kompleksowe utrzymanie czystości w pomieszczeniach Wojewódzkiego Szpitala Zespołonego im. dr. Romana Ostrzyckiego w Koninie przy ul. Kard. S. Wyszyńskiego 1 wraz z dystrybucją posiłków i myciem naczyń, transportem wewnętrznym pacjentów, transportem zwłok z oddziałów szpitalnych do miejsca przechowywania tj. chłodni w Zakładzie Patomorfologii.

Pakiet nr 2 obejmował: kompleksowe utrzymanie czystości w pomieszczeniach Wojewódzkiego Szpitala Zespołonego im. dr. Romana Ostrzyckiego w Koninie przy ul. Szpitalnej 45 wraz z dystrybucją posiłków i myciem naczyń, transportem wewnętrznym pacjentów, transportem zwłok z oddziałów szpitalnych do miejsca przechowywania tj. chłodni w Zakładzie Patomorfologii.

Por. – pkt IV.1 SWZ.

Izba ustaliła, że rozdziale XIX specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), po modyfikacji, zamawiający opisał następujące kryteria oceny ofert:

***1. Zamawiający wybierze ofertę najkorzystniejszą na podstawie następujących kryteriów:***

*Dla Pakietu nr 1 i 2*

***1.1 Cena ofertowa (C) - 60 %***

***1.2 Certyfikat ISO 9001 (certyfikat systemu zarządzania jakością) wystawiony przez jednostkę akredytowaną (ISO 9001) – 20%***

1.3 Certyfikat ISO 45001 (certyfikat systemu zarządzania bezpieczeństwem i higieną pracy) wystawiony przez jednostkę akredytowaną (ISO 45001) - 20 %.

(...)

1.2. Kryterium „Certyfikat ISO 9001 (certyfikat systemu zarządzania jakością) wystawiony przez jednostkę akredytowaną” będzie rozpatrywane na podstawie potwierdzenia przez Wykonawcę posiadania tego certyfikatu, poprzez zadeklarowanie posiadania certyfikatu w Formularzu oferty oraz dołączenie niniejszego dokumentu do oferty. Punkty będą przyznawane według następującej skali punktacji:

*Potwierdzenie posiadania Certyfikatu ISO 9001 (certyfikatu systemu zarządzania jakością) wystawionego przez jednostkę akredytowaną - 20 pkt*

*Brak Certyfikatu ISO 9001 (certyfikatu systemu zarządzania jakością) wystawionego przez jednostkę akredytowaną – 0 pkt*

*W przypadku zadeklarowania przez Wykonawcę, w Formularzu oferty, posiadania Certyfikatu ISO 9001 (certyfikatu systemu zarządzania jakością) wystawionego przez jednostkę akredytowaną, zobowiązany jest on do złożenia tego certyfikatu wraz z ofertą, w ramach przedmiotowych środków dowodowych. Niezłożenie certyfikatu wraz z ofertą, lub złożenie certyfikatu wystawionego przez jednostkę inną niż akredytowana, traktowane będzie jako nieposiadanie przez Wykonawcę certyfikatu i skutkować będzie otrzymaniem przez Wykonawcę w tym kryterium - 0 pkt.*

1.3. Kryterium „Certyfikat ISO 45001 (certyfikat systemu zarządzania bezpieczeństwem i higieną pracy) wystawiony przez jednostkę akredytowaną” będzie rozpatrywane na podstawie potwierdzenia przez Wykonawcę posiadania tego certyfikatu, poprzez zadeklarowanie posiadania certyfikatu w Formularzu oferty oraz dołączenie niniejszego dokumentu do oferty. Punkty będą przyznawane według następującej skali punktacji:

*Potwierdzenie posiadania Certyfikatu ISO 45001 (certyfikatu systemu zarządzania bezpieczeństwem i higieną pracy) wystawionego przez jednostkę akredytowaną - 20 pkt*

*Brak Certyfikatu ISO 45001 (certyfikatu systemu zarządzania bezpieczeństwem i higieną pracy) wystawionego przez jednostkę akredytowaną – 0 pkt*

*W przypadku zadeklarowania przez Wykonawcę, w Formularzu oferty, posiadania Certyfikatu ISO 45001 (certyfikatu systemu zarządzania bezpieczeństwem i higieną pracy) wystawionego przez jednostkę akredytowaną, zobowiązany jest on do złożenia tego certyfikatu wraz z ofertą, w ramach przedmiotowych środków dowodowych. Nie złożenie certyfikatu wraz z ofertą, lub złożenie certyfikatu wystawionego przez jednostkę*

*inną niż akredytowana, traktowane będzie jako nie posiadanie przez Wykonawcę certyfikatu i skutkować będzie otrzymaniem przez Wykonawcę w tym kryterium - 0 pkt.*

Izba ustaliła, że 8 lipca 2022 r. zamawiający udzielił następujący wyjaśnienie treści SWZ:

*Pytanie 16. Jakie stawki wynagrodzeń należy przyjąć do kalkulacji kosztów usługi, jeżeli na dzień składania ofert obowiązująca stawka wynagrodzenia przy zatrudnieniu na Umowę o Pracę wynosi 3010,00 zł brutto, zaś nie znane są stawki na 2023 rok. Czy Zamawiający udzieli waloryzacji w 2023 roku potencjalnemu Wykonawcy, który skalkuluje wartość postępowania wg obowiązujących stawek?*

*Odpowiedź Zamawiającego:*

*Zamawiający oczekuje złożenia oferty aktualnej na dzień jej złożenia, ewentualną waloryzację stawek Zamawiający może rozważyć w oparciu o obowiązujące przepisy w tym zakresie.*

Izba ustaliła, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

Pakiet 1:

- 1) oferta odwołującego z ceną brutto 3.244.498,08 zł,
- 2) oferta przystępującego z ceną brutto 3.016.418,52 zł,
- 3) oferta konsorcjum Ever Medical care sp. z o.o. z ceną brutto 3.605.450,08 zł.

Pakiet 2:

- 1) oferta odwołującego z ceną brutto 5.914.778,98 zł,
  - 2) oferta przystępującego z ceną brutto 5.282.559,96 zł,
  - 3) oferta konsorcjum Ever Medical Care sp. z o.o. z ceną brutto 6.927.258,46 zł.
- (por. informacja z otwarcia ofert z 7 września 2022 r., w aktach sprawy).

Na sfinansowanie zamówienia zamawiając przeznaczył kwoty:

- a) pakiet 1: 3.363.104,72 zł,
- b) pakiet 2: 5.953.099,44 zł.

(por. informacja o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia z 7 września 2022 r., w aktach sprawy).

Izba ustaliła, że 29 września 2022 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Konsorcjum Naprzód jako najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 1 i pakietu 2.

Izba ustaliła, że w wyniku odwołania wniesionego przez Odwołującego w dniu 7 października 2022 r., Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok w dniu 19 października 2022 r. i nakazał Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 1 i pakietu nr 2, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie tych pakietów, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Naprzód Hospital sp. z o.o. w Łodzi, Naprzód Service sp. z o.o. w Łodzi, Naprzód Marketing sp. z o.o. w Łodzi, IZAN + sp. z o.o. w Krakowie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 3 listopada 2022 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Naprzód do złożenia wyjaśnień dotyczących wysokości ceny zaoferowanej za realizację zamówienia. Zamawiający wskazał m.in.: (...) *Zważywszy że zaoferowana przez Państwa cena w zakresie Pakietu nr 1 oraz w zakresie Pakietu nr 2 wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, Zamawiający wzywa Państwa do udzielenia szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny oraz jej istotnych części składowych w zakresie Pakietu nr 1 i 2. Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień w celu ustalenia, czy zaoferowana cena/istotne części składowe nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Cena Państwa oferty, w tym istotne części składowe ceny, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.*

*W związku z powyższym w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy cena uniemożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i wynikającymi z odrębnych przepisów, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyczerpujących wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w tym poprzez złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie:*

- 1) *zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług;*
- 2) *wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków usług;*
- 3) *oryginalności usług oferowanych przez wykonawcę;*
- 4) *zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo*

- minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;*
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;*
  - 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;*
  - 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;*
  - 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.*

*Zamawiający w szczególności zwraca się do Państwa o wyjaśnienie:*

- czy, a jeżeli tak, to w jakiej wysokości skalkulowali Państwo ryzyko niedokonania przez Zamawiającego waloryzacji wynagrodzenia,*
- jaką stawkę minimalnego wynagrodzenia za pracę przyjęli Państwo przy szacowaniu kosztów osobowych realizacji usługi w 2023 r.,*
- jak Państwo skalkulowali koszty osobowe, biorąc pod uwagę spodziewany wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2023 r. i ryzyko niedokonania przez Zamawiającego waloryzacji wynagrodzenia.*

*Ponadto Zamawiający prosi o wyjaśnienie, czy przedmiot zamówienia został wyceniony zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia i załącznikami do niej, oraz o potwierdzenie, że zaproponowana w ofercie cena jest realna. Ocena wyjaśnień dokonywana przez Zamawiającego ma na celu ustalenie, czy cena została skalkulowana rzetelnie i czy Wykonawca będzie w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie. Wykonawca powinien wykazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz w jakim stopniu dzięki wskazanym czynnikom cena została obniżona. Przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia oraz dowody muszą być merytoryczne, a Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty, za którą Wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia. Dlatego proszę o przesłanie wszystkich informacji oraz dowodów, które uznacie Państwo za istotne, na temat sposobu obliczenia przez Państwa ceny zamówienia, a których Zamawiający nie*



wymienił powyżej. *Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy.*”

Izba ustaliła, że pismem z dnia 9 listopada 2022 r. Konsorcjum Naprzód złożyło wyjaśnienia. Wykonawca część wyjaśnień zastrzegł jako dokument stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa tj. szczegółowe kalkulacje dotyczące kosztów realizacji zamówienia oraz informacje dotyczącą współpracy i uzyskiwanych rabatów. Zamawiający uznała zasadność dokonanego zastrzeżenia przez wykonawcę.

Izba ustaliła, że w dniu 8 grudnia 2022 r. Konsorcjum Naprzód złożyło pismo do Zamawiającego zawierające następujące oświadczenie: *„Działając w imieniu Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie wyżej wymienionego zamówienia- Naprzód Hospital Sp. z o. o. oraz Naprzód Service Sp. z o. o. oraz Naprzód Marketing Sp. z o. o. oraz Izan+ Sp. z o.o.- informuję, że odtajniam wyjaśnienia złożone w dniu 09.11.2022 r. dot. rażąco niskiej ceny, które zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.”.*

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 12 grudnia przekazał Odwołującemu załącznik nr 1A i 1B.

Izba ponadto ustaliła, że Zamawiający w dniu 25 listopada 2022 r. poinformował wykonawców o wynikach postępowania przetargowego i wyborze oferty Konsorcjum Naprzód jako najkorzystniejszej.

***Izba zważyła co następuje:***

W ocenie Izby zasadny okazał się zarzut naruszenia art. art. 18 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 poz. 1233, dalej „UZNK”), czyli zarzut główny podniesiony przez Odwołującego w odwołaniu.

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę

przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 ustawy Pzp.

Ponadto, zgodnie z art. 11 ust. 2 UZNK, 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.

Izba podkreśla, że zasada jawności to fundamentalna zasada postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (ust. 2), przy czym wykładnia tego przepisu powinna być dokonywana z uwzględnieniem zasady uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 16 pkt 1 – 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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. Zatem wyłączenie czy ograniczenie jawności postępowania przetargowego powinno być interpretowane zawężająco i rygorystycznie. Problem nieuprawnionego i niezasadnego zastrzegania przez wykonawców dokumentów ofertowych poprzez powołanie się na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi istotny element systemu zamówień publicznych. Narzędzie to bowiem wielokrotnie jest wykorzystywane przez wykonawców jako sposób do uniemożliwienia innym uczestnikom postępowania zweryfikowania prawidłowości złożonych dokumentów. Takie działanie nie może być aprobowane. Realizacja zadań publicznych przejawiająca się m.in. w dysponowaniu środkami publicznymi, wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy i umożliwienia jak najpełniejszej weryfikacji składanych przez wykonawców oświadczeń i dokumentów.

Wskazać dalej należy, że w dotychczasowym orzecznictwie sądowym, na podstawie art. 11 ust. 2 UZNK formułuje się tezę, że na tajemnicę przedsiębiorcy składają się dwa elementy: materialny (informacja o określonej treści, mająca wartość gospodarczą) oraz formalny - wola utajnienia danych informacji. Tajemnicę przedsiębiorcy stanowią informacje znane jedynie określonemu kręgowi osób i związane z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością, wobec których podjął on wystarczające środki ochrony w celu zachowania ich w poufności. Informacja staje się "tajemnicą", kiedy przedsiębiorca przejawia wolę

zachowania jej, jako niedostępnej dla osób trzecich. Oba te elementy - przesłanki uznania określonej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa - mają charakter obiektywny. Stwierdzenie ich istnienia nie może się opierać wyłącznie na przekonaniu samego przedsiębiorcy, wymaga odwołania się obiektywnych kryteriów i poddania ich analizie w okoliczności faktycznych konkretnej sprawy. Okoliczności te winny być wykazane przez wykonawcę w treści uzasadnienia składanego zamawiającemu uzasadniającego zastrzeżone określonych informacji.

Należy wskazać, że celem regulacji dotyczących możliwości kwalifikowania określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorcy jest niewątpliwie ochrona informacji, które mają wartość gospodarczą - są istotne z punktu widzenia funkcjonowania na wolnym rynku w kontekście konkurencyjności względem innych podmiotów, prowadzących działalność w tym samym czy podobnym zakresie lub segmencie rynku, bądź - z innego powodu - zainteresowanych uzyskaniem określonych danych w celu ich wykorzystania w opozycji do interesu danego podmiotu gospodarczego w ramach działalności rynkowej. Jednakże pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa nie sposób odnosić do prób utajniania wszelkich informacji, które mogą mieć jakąkolwiek wartość gospodarczą dla podmiotów działających na rynku, w szczególności, gdy nie są one użyteczne w grze rynkowej dla podmiotów konkurencyjnych. Stąd właśnie w judykaturze ukształtował się jednolity pogląd, że o tym czy coś może stanowić prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa przesądza nie tylko jego wola utajnienia danej informacji (element subiektywny), lecz także występowanie obiektywnie akceptowanych wartości, których ochrona uzasadnia objęcie danych informacji tajemnicą. Zatem, należy podkreślić jeszcze raz, że tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby - z istoty rzeczy - nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu, zwłaszcza w kontekście dążenia do uzyskania zamówienia publicznego i ryzykiem weryfikacji przez innych wykonawców prawidłowości interpretacji wymagań zamawiającego zawartych w SWZ, a w konsekwencji wyceny przedmiotu zamówienia. Gdyby przyjąć odmienne założenie, to tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby wszystko, co arbitralnie dany przedsiębiorca za nią uzna, także w drodze czynności kwalifikowanych (np. poprzez zamieszczenie odpowiedniej klauzuli). Interpretacja dopuszczająca możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorcy informacji na podstawie wyłącznie subiektywnych deklaracji przedsiębiorcy musi być uznana za wadliwą. Przyjęcie takiego stanowiska czyniłoby bowiem fikcyjnym wynikającą z ustawy Pzp jawność postępowania przetargowego, a w konsekwencji fikcyjnym byłoby prawo do rzetelnej weryfikacji poprawności wydatkowania środków publicznych przez zamawiających.

Należy również wskazać, że ustawodawca w art. 18 ust. 3 nałożył na wykonawcę zastrzegającego określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa obowiązek wykazania, iż spełnione są przesłanki uzasadniające takie zastrzeżenia. Obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu KPC. W konsekwencji za błędne należy uznać stanowisko, jakoby sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych miałby być wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazywania tej pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 UZNK. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie wystarcza zatem samo stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi ona także przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Wartość ta musi być realna, wykonawca powinien dokonać odpowiedniej ich wyceny z rozbiciem na każdą informację poddawaną klauzuli poufności wraz z uzasadnieniem. Dla spełnienia tego warunku będzie konieczne wskazanie ewentualnej ich pieniężnej wartości rynkowej, a niekiedy księgowej (np. jeśli chodzi o dobra niematerialne), co umożliwi ich obiektywną weryfikację przez zamawiającego. O wartości gospodarczej zastrzeganych danych może przesądzać np. wykazany koszt wykonywanych badań, prac projektowych, prowadzenia odpowiednich testów, wartość kontraktów itp. Niekiedy w uzasadnieniu wniosku nie da się wskazać ich wartości finansowej, jak np. w odniesieniu do listy kontrahentów wykonawcy, wówczas powinien przedstawić jej znaczenie gospodarcze dla innych uczestników rynku, w szczególności dla tych, którzy biorą udział w postępowaniu przetargowym. Wykonawca w takim przypadku powinien wykazać, jaką szkodę poniesie, jeśli jego konkurencji pozyskają wiedzę o konkretnej liście kontrahentów. Podkreślić przy tym należy, że ustawodawca nie wymaga wykazania określonej kwotowo wartości zastrzeżonej informacji, irrelevantne z punktu widzenia zasadności zastrzeżenia jest wykazanie czy jej

wartość jest wysoka czy niska. Istotne jest, aby ta wartość gospodarcza istniała i jako taka została wykazana w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji.

Mając powyższe na uwadze, Izba wskazuje po pierwsze, że Konsorcjum Naprzód pomimo, iż pierwotnie zastrzegło całość złożonych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny z dnia 9 listopada 2022 r. jako informacje stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, w dniu 8 grudnia 2022 r. złożyło pismo do Zamawiającego zawierające oświadczenie, iż odtajnia przedmiotowe wyjaśnienia. Tym samym, wykonawca uznał, że informacje zawarte w wyjaśnieniach nie stanowią już tajemnicy przedsiębiorstwa. Dalej Izba wskazuje, że to Zamawiający prowadzi postępowania przetargowego i to decyzje i działania Zamawiającego determinuje jego przebieg. Zauważyć przy tym należy, że w ramach systemu zamówień publicznych każdy z wykonawców, zgodnie z przepisami ustawy Pzp, ma prawo do zaskarżenia czynności/braku podjęcia czynności przez Zamawiającego. Możliwość skorzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej wynikająca z art. 513 ustawy Pzp musi być realna i rzeczywista, nie zaś iluzoryczna. Działania zaś Zamawiającego nie mogą utrudniać wykonawcom takiego dostępu. Zdaniem Izby, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający skutecznie uniemożliwił Odwołującego zakwestionowanie w pełnym zakresie prawidłowości złożonych przez Konsorcjum Naprzód wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Zdaniem Izby czynność Konsorcjum Naprzód dotycząca odtajnienia treści wyjaśnień z dnia 9 listopada 2022 r, jak również przekazanie przez Zamawiającego treści tychże wyjaśnień Odwołującemu w dniu 12 grudnia 2022 r. (a więc czynności dokonanych po wniesieniu odwołania przez Odwołującego) stanowiły *de facto* uwzględnienia zarzutu Odwołującego zawartego w niniejszym odwołaniu. Takie faktyczne uwzględnienie zarzutu przez Zamawiającego wymagało w pierwszej kolejności unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 25 listopada 2022 r., a następnie przekazania wyjaśnień Odwołującemu. Tymczasem, Zamawiający nie złożył oświadczenia o uwzględnieniu zarzutu, pomimo, że czynności jakie dokonał stanowiły jego uwzględnienie, nie unieważnił czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wniósł o oddalenie zarzutu podniesionego przez Odwołującego, a tym samym pozbawił Odwołującego możliwości skutecznego zakwestionowania ujawnionych wyjaśnień. Odwołujący nie ma bowiem możliwości uzupełnienia pierwotnie złożonego odwołania, zaś bez unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, pozostaje ona w mocy i daje Zamawiającemu możliwość zawarcia umowy, pomimo, iż w okolicznościach faktycznych sprawy zostały ujawnione dokumenty, które mogą mieć znaczenia dla oceny prawidłowości wyboru wykonawcy. Dlatego też, zdaniem Izby, w celu realnego i rzeczywistego umożliwienia Odwołującemu skorzystania ze środków ochrony prawnej, Izba uznała za zasadne nakazanie Zamawiającemu dokonanie unieważnienia czynności wyboru oferty

najkorzystniejszej i przekazania wyjaśnień Konsorcjum Naprzód Odwołującemu. Mając pełną treść wyjaśnień, wykonawca będzie miał możliwości rzeczywistego sformułowania zarzutów dotyczących prawidłowości ich oceny przez Zamawiającego.

Niezależnie od powyższego, Izba wskazuje, że Zamawiający dokonał błędnej oceny złożonego przez wykonawcę Konsorcjum Naprzód uzasadnienia dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby, treść uzasadnienia nie może być uznana jako „wykazanie” spełnienia przesłanek koniecznych do uznania informacji zawartych w wyjaśnieniach jako tajemnica przedsiębiorstwa. Izba w całej rozciągłości przychyliła się do argumentacji Odwołującego, która jest wyczerpująca i pełni zasadna. Treść uzasadnienia złożonego przez Konsorcjum Naprzód w zasadniczej części stanowi przytoczenie orzecznictwa, nie zaś faktyczną analizę zastrzeżonych informacji i wykazanie ich wartości gospodarczej. Izba nie podziela stanowiska Konsorcjum Naprzód, że wyjaśnienia stanowią opis szczegółowego sposobu działania, tak aby osiągnąć cel w postaci prawidłowego i konkurencyjnego wykonania usługi sprzątania. Izba podkreśla, że Konsorcjum Naprzód w żaden sposób nie zidentyfikowała, które to informacje stanowią taki unikalny opis sposobu działania. Trudno uznać na unikany sposób działania standardową informację dotyczącą sposobu mycia i dezynfekcji rąk. Nawet jeśli procedura ta ma charakter „unikalny”, to Konsorcjum Naprzód w żaden sposób nie wyjaśniło w czym taka cecha miałyby się wyrażać. Konsorcjum Naprzód nie wykazało również, że nie są to również informacje powszechnie znane w branży objętej przedmiotem zamówienia. Izba zaznacza również w piśmie jakie wykonawca złożył wraz z wyjaśnieniami dotyczącym rabatów jakie otrzymuje Konsorcjum nie została zamieszczona żadna klauzula o poufności informacji zawartych w treści pisma. Ponadto, Izba wskazuje, że Konsorcjum Naprzód w żaden sposób nie wykazało, iż podjęło jakiegokolwiek działania w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. Słowne zapewnienie zwarte w uzasadnieniu nie stanowi zdaniem Izby wykazania przesłanki koniecznej do ochrony zastrzeżonych informacji. W końcu wskazać należy, że odtajnienie przez Konsorcjum Naprzód treści wyjaśnień potwierdza słuszność stanowiska Odwołującego. Trudno uznać, że informacje, które mają dla przedsiębiorstwa rzeczywistą wartość gospodarczą, a ich ujawnienie może narazić przedsiębiorstwa na realne szkody, traci taką wartość w ciągu 3 tygodni. Takie działanie Konsorcjum Naprzód stanowi przykład w jaki sposób wykonawcy w sposób nieuprawniony korzystają z narzędzia jakim jest ochrona informacji rzeczywiście noszących przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa do uniemożliwienia innym wykonawców weryfikacji prawidłowości złożonych dokumentów ofertowych. W konsekwencji, Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 18 ust. 2 – 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK.

Z uwagi na konstrukcję odwołania gdzie zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 6 zgłoszony został jako ewentualny, wobec uwzględnienia zarzutu głównego tj. naruszenia art. 18 ust. 2 – 3 w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK, Izba nie przeprowadzała oceny zarzutów ewentualnych zarówno natury procesowej jak i materialnoprawnej, z uwagi na ich bezprzedmiotowość wynikającą z uwzględnienia zarzutu głównego odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....