

WYROK
z dnia 25 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 stycznia 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 stycznia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

Praxima Krakpol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Trzebini oraz Impel Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu

w postępowaniu prowadzonym przez

Metro Warszawskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PRIMA CW Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Pakar Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Metru Warszawskiemu Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania 1., powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym ujawnienie treści wyjaśnień wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PRIMA CW Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Pakar Service Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z 3 grudnia 2021 r. oraz ujawnienie załączników: dowód nr 4, 6, 7, 9, 10, 11 – za wyjątkiem nazwy własnej środka do dezynfekcji oraz odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PRIMA CW Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Pakar Service Spółki**

z ograniczoną odpowiedzialnością na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 ustawy
Prawo zamówień publicznych,

2. kosztami postępowania obciąża Metro Warszawskie Spółkę z ograniczoną
odpowiedzialnością 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 Praxima
Krakpol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Impel Facility
Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od
odwołania,

2.2. zasądza od Metra Warszawskiego Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością
na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia
Praxima Krakpol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Impel
Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 18 600 zł
00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)
stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu
i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo
zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Metro Warszawskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Kompleksowe utrzymanie czystości na 34+8 stacjach Metra Warszawskiego wraz z utrzymaniem toalet publicznych z podziałem na 2 zadania w okresie 36 miesięcy” na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 4 października 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 192-501021. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Praxima Krakpol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Impel Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie w zakresie zadania nr 1:

1. art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PRIMA CW Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Pakar Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (zwanych dalej „Konsorcjum PRIMA” lub „Przystępującym”),
2. art. 18 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum PRIMA,
3. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PRIMA jako niezgodnej z warunkami zamówienia,
4. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PRIMA z tego powodu, że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
5. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PRIMA jako zawierającej rażąco niską cenę,
6. art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. uchylecia czynności wyboru oferty Konsorcjum PRIMA,
2. odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny Konsorcjum PRIMA,
3. odrzucenia oferty Konsorcjum PRIMA na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych,
4. dokonania ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Konsorcjum PRIMA 3 grudnia 2021 r. złożyło wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie zadania nr 1, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zdaniem Odwołującego wskazane działanie jest bezprawne, gdyż w wyjaśnieniach nie zostały wykazane okoliczności uzasadniające utajnienie oraz dlatego, że informacje zawarte w ww. dokumencie nie stanowią i nie są kwalifikowane jako tajemnica przedsiębiorstwa. Znamiona bezprawności nosi także zachowanie Zamawiającego polegające na zaniechaniu odtajnienia informacji nieposiadających cechy poufności. Zaniechanie odtajnienia przez Zamawiającego wyjaśnień stanowi naruszenie podstawowych zasad ustawy Prawo zamówień publicznych. Obowiązek przeprowadzenia przywołanej procedury stanowi urzeczywistnienie zasady jawności. Zaniechania Zamawiającego są tym bardziej rażące, że uniemożliwiają pozostałym uczestnikom postępowania weryfikację zdolności wybranego wykonawcy do udziału w procedurze, jak również zdolności do należytego wykonania zamówienia. Zastrzeżenie informacji zawartych w ofertach stało się sposobem na pozbawianie konkurentów możliwości podważenia i zaskarżenia dokumentów i danych zawartych w złożonych ofertach. Zamawiający, uchylając się od obowiązku rzetelnego zbadania takiego zastrzeżenia, niejednokrotnie bezkrytycznie przyjmuje takie zastrzeżenia, nawet, gdy wykonawca zastrzega wszystkie bądź większość informacji, co prowadzi do złamania podstawowej zasady, jaką jest zasada jawności. Zamawiający nie może ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca składając ofertę, zastrzeże w odniesieniu do tych informacji, że nie mogą być one ogólnie udostępnione. Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki tj.: a) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, b) nie została ujawniona do wiadomości publicznej, c) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Przystępujący nie wykazał, że dokonane utajnienie jest zasadne i uzasadnione stanem faktycznym i prawnym. Ocena, czy informacja zastrzeżona przez wykonawcę stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jest obowiązkiem zamawiającego wyrażonym w przepisie art. 18 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle.

Zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny uniemożliwia Odwołującemu ocenę prawidłowości kalkulacji ceny oferty Przystępującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu także naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Odwołującego oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona na podstawie ww. przepisu z uwagi, że: jest niezgodna z warunkami zamówienia; została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; zawiera rażąco niską cenę.

Zdaniem Odwołującego rażąco niska cena i błędny sposób wyliczenia przez Konsorcjum PRIMA dotyczy usługi dezynfekcji stacji na zlecenie. Przedmiot zamówienia obejmuje usługi dezynfekcji stacji, które zostały podzielone na dwie różne i odrębnie wyceniane usługi: dezynfekcję codzienną oraz dezynfekcję na zlecenie.

Opis tej usługi Zamawiający zawarł w załączniku nr 3a do specyfikacji technicznej, punkt X.7.0: • Usługa codzienna polega na dezynfekowaniu powierzchni dedykowanymi środkami chemicznymi następujących elementów stacji w przestrzeni pasażerskiej: poręcze poziome i pionowe, uchwyty, uchwyty w dźwigach i platformach, klamki i gałki drzwi, przyciski, bramki biletowe i kasowniki w okolicach wyjścia i wejścia biletu oraz czytnika zbliżeniowego. Usługę realizuje się minimum 2 razy dziennie. Pierwsze wykonanie na każdej stacji rozpoczynana się około godziny 12.00 natomiast drugie wykonanie następuje po zakończeniu ruchu pasażerskiego w godzinach 1:00 – 5.00. Jeśli ruch pasażerski odbywa się bez przerwy, dezynfekcję należy rozpocząć około godziny 3:00. Dezynfekcja realizowana jest środkami, które nie wymuszają karencji w użytkowaniu wymienionych elementów stacji po wykonaniu usługi. Usługa polega na rozpyleniu na powierzchni środka dezynfekującego i wytarciu do sucha czystą ścierką. Usługę należy wykonywać z użyciem jednorazowych rękawiczek i ścierek. Odbioru usługi wykonuje się dwa razy dziennie dokonując wpisu w harmonogramie będącym załącznikiem nr 2 do technologii utrzymania czystości.

• Usługa na zlecenie polega na dezynfekcji ścian i podłóg części stacji z podziałem na peron, hale odpraw, przejścia podziemne, zawierające powierzchnie podłóg i ścian. Odbiór usługi wykonuje się po zakończeniu prac wypełniając protokół będącym załącznikiem nr 3 do technologii czystości. Usługę należy wykonywać z użyciem kombinezonów ochronnych,

masek i rękawiczek jednorazowych. Usługa polega na rozpyleniu na powierzchni ścian i podłóg środka dezynfekującego.

Powyższy opis w jednoznaczny sposób wskazuje dwie różne usługi dezynfekcji. Różnice dotyczą dezynfekowanych miejsc, częstotliwości oraz sposobu wykonania usługi. Zamawiający wyodrębnił je także w szczegółowych formularzach cenowych, w których wykonawcy zobligowani byli do wypełnienia załącznika nr 1a do specyfikacji technicznej:

Opcja nr 1 codzienna dezynfekcja stacji – miesięczny koszt netto za dezynfekcję stacji 2 x dziennie w podziale na 21 stacji. Konsorcjum PRIMA zaoferowało wykonanie usług za cenę netto w skali miesiąca 19.980,00 zł.

Opcja nr 4 dezynfekcja stacji na zlecenie – jednorazowy koszt netto dezynfekcji podłóg i ścian w podziale na peron pasażerski ze schodami, północna hala odpraw, południowa hala odpraw, północne przejście podziemne ze schodami na stację, południowe przejście podziemne ze schodami na stację, w podziale na 21 stacji. Konsorcjum PRIMA zaoferowało jednorazowe wykonanie usług za cenę netto 333,00 zł.

Sposób, w jaki Konsorcjum PRIMA wyliczyło koszt dezynfekcji na zlecenie: Miesięczny koszt 19.980,00 zł za codzienną dezynfekcję stacji został podzielony przez ilość świadczonych w miesiącu dni, następnie podzielony przez dzienną częstotliwość wykonywanej usługi: $19.980,00 \text{ zł} / 30 \text{ dni} / 2 \text{ x} \text{ dziennie} = 333,00 \text{ zł}$.

Według Odwołującego powyższe wyliczenie zostało błędnie przyjęte, gdyż każda z dezynfekcji jest inną usługą i powinna zostać skalkulowana w odrębny sposób, a cena za dezynfekcję na zlecenie nie powinna wynikać z ceny za dezynfekcję codzienną. Dezynfekcja codzienna to usługa polegająca na rozpyleniu środka dezynfekującego, a następnie wytarciu przecieranej powierzchni do sucha. Wykonawca dezynfekuje powierzchnie dotykowe takie jak: poręcze, klamki, przyciski, kasowniki itp. Usługa wykonywana jest 2 razy dziennie. Dezynfekcja na zlecenie to dezynfekcja całej stacji, nie tylko powierzchni dotykowych. Dezynfekcji podlegają całe ściany i podłoga. Konsorcjum PRIMA wyceniło jednorazową usługę dezynfekcji na zlecenie od 9,00 zł do 25,00 zł za całą stację.

Przykładowo stacja A13 Centrum została wyceniona na kwotę 25,00 zł. Suma powierzchni na stacji: peronu pasażerskiego, hal odpraw, przejść podziemnych, schodów, ścian wynosi 47.400,00 m², zatem cena dezynfekcji 1 m² powierzchni wynosi: $25,00 \text{ zł} / 47.400,00 \text{ m}^2 = 0,0005 \text{ zł}$. Usługa powinna zostać wykonana z użyciem kombinezonów ochronnych, masek i rękawiczek jednorazowych, zgodnie z opisem w punkcie X.7.0 załącznika nr 3a do specyfikacji technicznej. Cena powinna zawierać także koszt środka dezynfekującego, koszt wynagrodzenia pracowników, a także narzut wykonawcy. Biorąc powyższe pod uwagę kwota 25,00 zł jest ceną rażąco niską, nierealną, dumpingową, poniżej cen rynkowych.

Wycena Odwołującego dezynfekcji stacji A13 Centrum wynosi 16.500,00 zł, co odpowiada 0,35 zł za 1 m² dezynfekowanej powierzchni. Kwota jest ceną rynkową, zawierającą

wszystkie składowe ceny, takie jak koszty środka dezynfekującego, odzieży ochronnej, koszt pracowników oraz narzut.

25,00 zł jest kwotą najwyższą za wykonanie usługi dezynfekcji na zlecenie spośród wszystkich 21 stacji. 3 stacje zostały wycenione na kwotę 25,00 zł, 1 stacja na kwotę 21,00 zł, 14 stacji na kwotę 15,00 zł, 3 stacje na kwotę 9,00 zł. W związku z tym zarzut rażąco niskiej ceny wykonania usług dezynfekcji na zlecenie dotyczy wszystkich wycenionych pozycji w formularzu zadanie nr 1 opcja nr 4 – dezynfekcja stacji na zlecenie. Nieprawidłowy sposób wykonywania usługi – co jest niemalże pewne przy zaproponowanej przez Konsorcjum PRIMA cenie – stanowi zagrożenie dla zdrowia publicznego oraz prawidłowego funkcjonowania metra.

W innym postępowaniu, prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. na „usługi dezynfekcji pomieszczeń biurowych i innych pomieszczeń w celu zapobiegania, przeciwdziałania i zwalczania COVID-19 wywołanego wirusem SARS – CoV – 2” wykonawca Pakar Service Sp. z o.o. zaoferował świadczenie usług dezynfekcji za kwotę 0,49 zł netto za 1 m². Różnica między stawkami jest diametralna – stawka w postępowaniu prowadzonym przez Metro Warszawskie Sp. z o.o. jest prawie 1000 razy niższa niż w postępowaniu MPWiK, co jednoznacznie wskazuje, iż można ją uznać za cenę rażąco niską.

Konsorcjum PRIMA w wykazie usług porządkowych i jednostkowych kosztów ich wykonania (według załącznika nr 2a do specyfikacji technicznej), za usługi opisane w pozycjach X.5.3 (gdzie X oznacza numer stacji): „Serwis od godz. 06:00 do 22:00 WC publiczne”, zaoferował ceny od 1.283,00 zł do 2.500,00 zł, które są rażąco niskie w stosunku do wymagań specyfikacji warunków zamówienia i opisu przedmiotu zamówienia.

W załączniku nr 5a do specyfikacji technicznej zamawiający określił minimalną ilość stanowisk do obsługi WC publicznego na danej stacji w podziale na zmiany, gdzie zmiana I to praca od 06:00 do 14:00, zmiana II to praca od 14:00 do 22:00. Usługa wykonywana 7 dni w tygodniu. 19 stacji obsługiwane jest przez 1 pracownika na I zmianie i 1 pracownika na II zmianie.

2 stacje obsługiwane są przez 2 pracowników na I zmianie i 2 pracowników na II zmianie. Liczba roboczogodzin do wypracowania w skali 1 miesiąca w odniesieniu do 19 stacji to 8 h x 30 dni = 240. Liczba etatów w skali 1 miesiąca w odniesieniu do 19 stacji: 240 rbh / średnia liczba rbh w miesiącu 167,33 = 1,43 etatu. Liczba roboczogodzin do wypracowania w skali 1 miesiąca w odniesieniu do 2 stacji: 2 osoby x 8 h x 30 dni = 480. Liczba etatów do zatrudnienia w skali 1 miesiąca w odniesieniu do 2 stacji: 480 rbh / średnia liczba rbh w miesiącu 167,33 = 2,86 etatu.

3.150 zł to maksymalna wartość dofinansowania PFRON przy zatrudnieniu pracownika o znacznym stopniu niepełnosprawności, a także osoby, u której orzeczono chorobę psychiczną, upośledzenie umysłowe, całościowe zaburzenia rozwojowe lub epilepsję oraz niewidomych w stopniu znacznym i umiarkowanym. Podstawowy miesięczny koszt utrzymania pracownika z niepełnosprawnością przy założeniu, iż osoba niepełnosprawna wykonywać będzie pracę w wymiarze 8 godzin, to: 4.202,23 zł. Koszt podstawowy 1 roboczogodziny pracy pracownika to 25,11 zł.

Wyliczenia minimalnego kosztu pracy w skali 1 miesiąca w odniesieniu do 19 stacji:

koszt pracy: $240 \text{ rbh} \times 25,11 \text{ zł} = 6.026,40 \text{ zł}$; maksymalna wartość dofinansowania $1,43 \text{ etatu} \times 3.150,00 \text{ zł} = 4.504,50 \text{ zł}$; $6.026,40 \text{ zł} - 4.504,50 \text{ zł} = 1.521,90 \text{ zł}$

Wyliczenia minimalnego kosztu pracy w skali 1 miesiąca w odniesieniu do 2 stacji:

koszt pracy: $480 \text{ rbh} \times 25,11 \text{ zł} = 12.052,80 \text{ zł}$; maksymalna wartość dofinansowania $2,86 \text{ etatu} \times 3.150,00 \text{ zł} = 9.009,00 \text{ zł}$; $12.052,80 \text{ zł} - 9.009,00 \text{ zł} = 3.043,80 \text{ zł}$.

Powyższe wyliczenia przedstawiają minimalny koszt zatrudnienia, jaki powinien ponieść wykonawca, przy założeniu, że wszystkie osoby zatrudnione będą w znacznym stopniu niepełnosprawne ze schorzeniem specjalnym. Na koszt usługi powinien składać się także koszt za materiały do sprzątnięcia, wyposażenie toalet w środki higieniczne, a także kwota narzutu wykonawcy.

Konsorcjum PRIMA w odniesieniu do 7 stacji, gdzie Zamawiający wymagał zatrudnienia 1 osoby na zmianie, zaoferował wykonanie usługi serwisu poniżej minimalnych kosztów pracy. Przykładowo: Na stacji Służew cena to 1.282,00 zł, a więc o 239,90 zł poniżej kosztów pracy. Wycena została niedoszacowana na poziomie co najmniej 239,90 zł plus kwota przeznaczona na materiały do sprzątnięcia, wyposażenie toalet w środki higieniczne (papier toaletowy, mydło) oraz narzut wykonawcy. Na stacji Centrum cena to 2.500 zł, a więc o 543,80 zł poniżej kosztów pracy. Wycena została niedoszacowana na poziomie co najmniej 543,80 zł plus kwota przeznaczona na materiały do sprzątnięcia, wyposażenie toalet w środki higieniczne oraz narzut wykonawcy. Na stacji Ratusz Arsenal cena to 2.125 zł, a więc o 918,80 zł poniżej kosztów pracy. Wycena została niedoszacowana na poziomie co najmniej 918,80 zł plus kwota przeznaczona na materiały do sprzątnięcia, wyposażenie toalet w środki higieniczne oraz narzut wykonawcy.

Powyższe wyliczenia w sposób jednoznaczny wskazują na rażąco niską cenę jednostkową. 9 stacji zostało skalkulowanych poniżej minimalnych kosztów pracy przy założeniu, że do obsługi tych stacji wykonawca zatrudni aż 15,72 etatu osób o znacznym stopniu niepełnosprawności ze schorzeniem specjalnym.

Odwołujący wskazał także na nieprawidłowy sposób wypełnienia przez konsorcjum PRIMA załącznika nr 2a do specyfikacji technicznej „Wykaz usług porządkowych i jednostkowych

kosztów wykonania”, który stanowi jednostkowy formularz cenowy. W skład formularza wchodzi usługi wykonywane 1 x dziennie, 20 x w miesiącu, 8 x w miesiącu, 4 x w miesiącu, 2 x w miesiącu, a także serwis całodobowy, jak i serwis w WC publicznym.

Konsorcjum PRIMA następująco wyliczyło ceny jednostkowe na danej stacji, na przykładzie stacji Centrum: łączna wartość 95.000,00 zł, liczba pozycji do wyceny: 38; $95.000,00 / 38 = 2.500$ zł. Tym samym pozycja, na której usługa wykonywana jest 1 x dziennie, kosztuje tyle samo co usługa wykonywana 1 x w miesiącu, czy usługa zapewnienia dwuosobowego serwisu w toalecie publicznej przez 7 dni w tygodniu.

Sposób, w jaki konsorcjum PRIMA wypełniło jednostkowy formularz cenowy, świadczy o tym, iż wykonawca nie zapoznał się dokładnie z opisem przedmiotu zamówienia, wymaganiami Zamawiającego oraz wzorem umowy. Usługa wykonywana 1 raz w miesiącu, przykładowo przecieranie tablic informacyjnych, nie może kosztować tyle samo co codzienne sprzątnięcie przejść, czy hali odpraw. Zamawiający wymagał wypełnienia jednostkowych formularzy cenowych, gdyż rozliczać się będzie z wykonawcą na podstawie protokołu odbioru prac i jednostkowych kosztów, o czym stanowi § 7 wzoru umowy. Zaproponowana przez Konsorcjum PRIMA cena nie jest adekwatna do zakresu prac wymaganych przez Zamawiającego i nie jest wystarczająca, aby w sposób należyty świadczyć usługę, co oznacza, że jest ceną rażąco niską i nierealną.

Kalkulacja wynagrodzenia oferty na takim poziomie stanowi bezspornie czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. 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. Deklaracja Konsorcjum PRIMA w zakresie realizacji niniejszego zamówienia za powyższą cenę grozi Zamawiającemu nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości.

W rezultacie, zdaniem Odwołującego, wybór przez Zamawiającego oferty Konsorcjum PRIMA świadczy o naruszeniu obowiązujących reguł i mechanizmów oraz zasad, które Zamawiający sam ustalił. Przyczyną wyraźnie niższej ceny może być albo świadome działanie wykonawcy, albo nierzetelność kalkulacji, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości.

Za ofertę z rażąco niską ceną uznaje się cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, a zatem cenę odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Celem wyjaśnień jest obalenie domniemania wynikającego z przepisu art. 224 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. wykazanie, że przedstawiona cena nie jest rażąco niska. W tym zakresie na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu. Cena zaproponowana przez konsorcjum PRIMA ma charakter rażąco niski. Cena ofertowa jest niewiarygodna i nierealistyczna w porównaniu do pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, cen rynkowych podobnych zamówień, jak również kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Instytucja wyjaśnień ceny została przewidziana właśnie po to, aby wykonawca podał zamawiającemu stosowne informacje na temat własnych wycen, kalkulacji, cech, uwarunkowań etc., dowodzące możliwości zaoferowania ceny obniżonej w stosunku do wartości zamówienia, a zamawiający mógł te informacje ocenić i na ich podstawie podjąć decyzję co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Wiadomości na temat kalkulacji cenowej wykonawcy oraz indywidualnych, dostępnych wykonawcy okoliczności, które taką kalkulację umożliwiają, zamawiający zazwyczaj nie może uzyskać i ustalić na podstawie innego źródła niż sam wykonawca i przede wszystkim informacje te powinien uzyskać w stosownym czasie, co pozwoli mu na dokonanie prawidłowej czynności przyjęcia bądź odrzucenia oferty, a nie dopiero na etapie postępowania odwoławczego. Tym samym, co do zasady, wykonawca już w ramach swoich wyjaśnień składanych zamawiającemu w odpowiedzi na jego wezwanie, powinien podać dostępne mu indywidualnie okoliczności i powody, które umożliwiły skalkulowanie tak niskiej ceny”.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości i obciążenie Odwołującego kosztami postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zamawiający wskazał, że działając na podstawie art. 224 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz na podstawie punktu 24.7 specyfikacji warunków zamówienia, pismem z 26 listopada 2021 r., wezwał Konsorcjum PRIMA do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia wskazanych istotnych części składowych ceny oferty, z uwzględnieniem przyczyn zaoferowania ceny wskazanej w ofercie. W odpowiedzi Przystępujący złożył obszerne wyjaśnienia wraz z dowodami (pismo z 3 grudnia 2021 r.). Zamawiający, po wnikliwej analizie złożonych wyjaśnień oraz załączonych dowodów, uznał wyjaśnienia za rzetelne i wyczerpujące. Konsekwencją tego działania było uznanie, że oferowana przez Przystępującego cena nie jest rażąco niska i wybór jego oferty jako

najkorzystniejszej. Zamawiający, dokonując oceny złożonych wyjaśnień, dokonał weryfikacji prawdziwości stanowiska wykonawcy.

Pismem z 31 grudnia 2021 r. Zamawiający, na wniosek Odwołującego, udostępnił całą dokumentację zadania nr 1, która nie została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Z uwagi, że wyjaśnienia ceny zostały przez Przystępującego w części zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, Zamawiający dokonał udostępnienia tych wyjaśnień tylko w części jawnej, tj. uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz załącznika do wyjaśnień – dowód nr 5 PFRON.

Zdaniem Zamawiającego dopuszczalne jest zastrzeżenie przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny jako stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Powyższe założenie zostało potwierdzone m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07, w którym wskazano, że zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niską, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu. Zgodnie z wyrokiem KIO 908/13 wyjaśnienia złożone przez wykonawcę należy uznać za informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, dotyczą bowiem szczegółowej kalkulacji ceny złożonej oferty, obejmującej wszystkie elementy przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i uwzględnieniem marży handlowej; sposób kalkulacji ceny można zaliczyć do informacji, które stanowią niezwykle cenne źródło informacji dla konkurencji.

Zgodnie z definicją tajemnicy przedsiębiorstwa zawartą w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji za 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. W szczególności odnosząc się do informacji posiadających wartość gospodarczą należy za takie uznać informację (o co najmniej minimalnej lub potencjalnej wartości), których wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski (tak Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 26 kwietnia 2016 r., sygn. akt II GSK 2806/14).

Złożone przez Konsorcjum PRIMA wyjaśnienia wskazują na konkretne dane cenotwórcze, które miały wpływ na ukształtowanie cen podanych w złożonej ofercie i bez wątpliwa mają wartość gospodarczą w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W swoich

wyjaśnieniach wykonawca zawarł informacje w zakresie podstawowych materiałów/usług, przy użyciu których przewiduje wykonanie zamówienia, zawierające bardzo istotne z punktu widzenia jego interesów ekonomicznych, dane dotyczące poziomu dostępnych tylko dla niego indywidualnych oraz poziomu stosowanej marży. Informacje te nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, co wypełnia przesłankę tajemnicy przedsiębiorstwa określoną w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Okoliczność ta ma decydujące znaczenie, bowiem Odwołujący i Przystępujący są wobec siebie konkurentami działającymi na tym samym rynku i z tego względu ujawnienie okoliczności wskazanych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny mogłoby narazić go na straty i doprowadzić do zachwiania konkurencyjności na rynku właściwym dla tych przedsiębiorców. Po analizie wyjaśnień wraz z załącznikami Zamawiający stwierdził, iż wyjaśnienia te zawierają informację posiadającą m.in. wartość gospodarczą, organizacyjną przedsiębiorstwa i nie są powszechnie dostępne ogółowi zainteresowanych osób. W tym zakresie Przystępujący wskazał na stosowane w przedsiębiorstwie systemowe rozwiązanie zabezpieczające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa przed ich ujawnieniem. Łączne spełnienie następujących przesłanek: zastrzeżenie informacji o wartości gospodarczej, brak ich powszechnej znajomości przez osoby, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji oraz podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania ich poufności pozwoliło na stwierdzenie przez Zamawiającego, iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wobec takiego stwierdzenia Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów wskazanych przez Odwołującego.

Co do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień Zamawiający wskazał, że przed wyborem oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 1 dokonał wnikliwego i rzetelnego badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Oferta Konsorcjum PRIMA spełnia wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający nie stwierdził złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę. Wyjaśnienia złożone przez Przystępującego na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie budzą wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia za cenę ofertową w sposób należyty, z uwzględnieniem wszystkich elementów przedmiotu zamówienia oraz warunków jego realizacji określonych w specyfikacji warunków zamówienia. W ocenie Zamawiającego zaoferowana przez Przystępującego cena jest ceną rynkową, uwzględniającą wymagania określone w specyfikacji warunków zamówienia oraz koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, także co do odpowiedniej ilości sprzętu i materiałów oraz pracowników niezbędnych do prawidłowej realizacji przedmiotowego zamówienia. Zamawiający nie zgadza się z tym, iż cena podana przez Przystępującego jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na przedmiot

zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów, a tym samym nie jest ceną rynkową. Odwołujący nie wykazał, że kwestionowane pozycje np. dezynfekcja na zlecenie, obejmują istotną część przedmiotowego zamówienia, które mogą mieć wpływ na przyjęcie, że całościowa cena oferty jest rażąco niska. Dezynfekcja na zlecenie stanowi bowiem bardzo nikły promil ceny ofertowej. Co do zasady ustalenia, co do rażąco niskiej ceny można odnosić także do oferowanych cen jednostkowych, jednakże dotyczy to sytuacji, gdy mogą one zaważyć na należywym wykonaniu przyszłej umowy.

Co do dezynfekcji stacji na zlecenie – Zamawiający przewidział w specyfikacji warunków zamówienia dla zadania nr 1 zamówienie podstawowe i zamówienie opcjonalne.

W punkcie 4. specyfikacji warunków zamówienia „Opis przedmiotu zamówienia” Zamawiający zawarł następujące informacje:

4.3 Przedmiot zamówienia obejmuje kompleksowe utrzymanie czystości na 34+8 stacjach Metra Warszawskiego wraz z utrzymaniem toalet publicznych w podziale na dwa, następujące zadania: 4.3.1 Zadanie nr 1: kompleksowe utrzymanie czystości na 21 stacjach I linii Metra Warszawskiego wraz z obsługą sanitariatów publicznych z podziałem na zamówienie podstawowe oraz zamówienie opcjonalne wskazane w pkt 4.7.2 SWZ.

4.6 W każdym z Zadań stanowiących Przedmiot Zamówienia Zamawiający przewiduje możliwość zastosowania opcji, o której mowa w art. 441 ust. 1 ustawy Pzp, z uwzględnieniem następujących zasad: 4.6.1 zakres podstawowy i zakres opcjonalny Przedmiotu Zamówienia zostały określone w pkt 4.7 i w pkt 4.8 SWZ; 4.6.2 opcjonalny zakres zamówienia realizowany będzie wyłącznie po uprzednim pisemnym poinformowaniu Wykonawcy przez Zamawiającego o konieczności wykonania prac opcjonalnych; 4.6.3 opcja jest uprawnieniem Zamawiającego, z którego Zamawiający może, ale nie musi skorzystać w ramach realizacji Przedmiotu Zamówienia; 4.6.4 w przypadku nieskorzystania przez Zamawiającego z opcji Wykonawcy nie przysługują żadne roszczenia z tego tytułu;

4.7.1 Zamówienie opcjonalne obejmuje wykonanie dezynfekcji stacji I linii metra w zakresie opisanym w pkt 1.5.2 ST. Zgodnie z pkt 4.7.2 SWZ w Zadaniu 1 prawem opcji objęta jest dezynfekcja stacji I linii metra w zakresie opisanym w pkt 1.5.2 ST.

Opcjonalna dezynfekcja stacji na zlecenie składa się z dwóch rodzajów usług:

1) Dezynfekcji codziennej realizowanej dwa razy dziennie i polegającej na rozpyleniu na powierzchni środka dezynfekującego i wytarciu do sucha czystą ścierką (zał. 3a Technologia pkt X.7.0) co może być wykonywane przy ruchu pasażerskim, oraz

2) Dezynfekcji na zlecenie polegającej na dezynfekcji powierzchni ścian i podłóg środka dezynfekującego przez jego rozpalenie, w czasie wyłączenia stacji metra z ruchu pasażerskiego do kwoty 150.000 zł netto określonej „na sztywno” przez Zamawiającego. Przeznaczenie takiej kwoty przez Zamawiającego na sfinansowanie tej części zamówienia powoduje, że bez względu na to jakie kwoty wskaże wykonawca w swojej ofercie za

dezynfekcję na zlecenie (formularz 1a oferty), nie ma to żadnego wpływu na ocenę oferty i żaden wykonawca nie otrzyma więcej niż 150.000 zł z tego tytułu. W związku z powyższym podane przez Wykonawcę ceny w tej usłudze wpływają wyłącznie na liczbę możliwych zleceń dezynfekcji mieszczących się w założonej kwocie 150.000,00 zł. Przeznaczona przez Zamawiającego kwota 150.000,00 zł na sfinansowanie opcji dezynfekcji na zlecenie w okresie 36 miesięcy stanowi w cenie całej oferty Przystępującego w kwocie netto 48.621.084,00 zł zaledwie około 0,003 %. W związku z tym dezynfekcja na zlecenie nie stanowi istotnej części całego zamówienia. Oznacza to, że przy cenie zaoferowanej przez Przystępującego, Zamawiający będzie miał możliwość (nie obowiązek) zlecenia tej usługi większą liczbę razy.

Zamawiającego i Odwołującego łączy umowa nr WP.022.00063.2019.PRS na kompleksowe utrzymanie czystości na 21 stacjach I linii Metra Warszawskiego wraz z obsługą sanitariatów publicznych na czas określony od 01.02.2019 r. do 31.12.2021 r., obecnie przedłużona do 31.01.2022 r. Zamawiający i Odwołujący zawierali oddzielne umowy na dezynfekcję stacji jedynie 4 razy w całym okresie od 19.03.2020 do 31.12.2021 roku (w marcu i kwietniu 2020 r. stacje: A11 Politechnika oraz A23 Młociny; A11 Politechnika; A01 Kabaty, A14 Świętokrzyska, A23 Młociny; A13 Centrum). Zatem jedynie w początkowym okresie pandemii Zamawiający zlecał wykonanie dezynfekcji stacji metra. Obecnie, uwzględniając specyfikę poziomu – 1 stacji jak i dostępność szczepionek czy rozwój pandemii Zamawiający przewidział dla siebie takie uprawnienie w ramach opcji, ale nie jest to istotna część zamówienia co do ceny czy kosztów w relacji do zamówienia podstawowego. Dodatkowo zależna jest od decyzji Zamawiającego, a wykonawcy nie mają żadnych gwarancji, iż otrzymają zlecenie jej realizacji.

Dodatkowe powody dla których Zamawiający przyjął powyższe wartości i nie odrzucił oferty ze względu na rażąco niską cenę w świetle wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum PRIMA to: Zamawiający może zlecić tylko część stacji do dezynfekcji oraz zlecenia występowały dotychczas sporadycznie, co zostało już wskazane powyżej. Istotne jest również to, iż za każdym razem zlecenie dezynfekcji dotyczyło tylko części stacji. Wszystkie zlecenia miały miejsce w początkowym okresie epidemii COVID w kraju (marzec – kwiecień 2020). Był to okres rozwojowy pandemii, nieznaną była dalsza jej rozwój, brak było szczepionek. Od kwietnia 2020 r. nie wystąpił przypadek dezynfekcji na zlecenie. Stąd też w przedmiotowym postępowaniu jest to opcja i zaoferowany koszt tej usługi nie miał istotnego wpływu na wartość oferty. Zamawiający przeznaczył na ten cel 150.000 zł jako wartość zlecaną fakultatywnie „do kwoty”. Z tych powodów, kalkulując cenę, wykonawcy mogli uwzględnić niewielki zakres takiej dezynfekcji i brak pewności oraz prawdopodobieństwa tego zlecenia, jego częstotliwości i zakresu.

Odnosnie złożenia przez Przystępującego oferty z wyższymi cenami w postępowaniu Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawa, to jest to inny zakres i specyfika zamówienia, czas trwania umowy i technologia realizacji usługi oraz wymaganie dedykowanego personelu. W Metrze Warszawskim jest to zamówienia opcjonalne, a nie gwarantowane jak w Wodociągach.

Odwołujący zarzucił rażąco niskie ceny wskazane przez Przystępującego w pojedynczych pozycjach X.5.3 „Serwis od godz. 06:00 do 22:00 WC publiczne”, czy w poszczególnych pozycjach (np. ściany, podłogi, poręcze ...) wskazujących czynności do wykonania na stacjach oraz częstotliwość wykonywania tych czynności np.: jednokrotne przecieranie tablic informacyjnych w miesiącu oraz codzienne sprzątanie przejść, hali odpraw.

Odwołujący nie zna jednak treści wyjaśnień objętych tajemnicą przedsiębiorstwa Przystępującego. Kwestionując zaoferowaną cenę w tej pozycji Odwołujący uwzględnił w odwołaniu jedynie dofinansowania z PEFRON, a nie jest to jedyna dostępna i zgodna z prawem forma wsparcia rynku pracy.

Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnień w zakresie ceny za obsługę toalet, ponieważ wartość ta wzbudziła jego wątpliwości. Konsorcjum PRIMA złożyło spójne, logiczne i wiarygodne wyjaśnienia oraz zapewniła, iż podana cena jest realna. Zamawiający przyjął wyjaśnienia, ponieważ nie posiada dokładnej wiedzy w zakresie dofinansowania i zatrudnienia osób z niepełnosprawnością, jednak opierając się o własne doświadczenie oraz analizując pozostałe oferty zauważył, że inni wykonawcy przyjęli zasadę ustalenia ceny jednostkowej jako wyjście od ceny całkowitej za stacje i podzielenie przez liczbę pozycji z niewielkimi przesunięciami.

Wykonawcy nie posiadali wiedzy dotyczącej dokładnych powierzchni wskazanych w zał. 2a do Specyfikacji Technicznej, a Zamawiający również nie wskazał tych informacji w dokumentacji zamówienia.

Konsorcjum PRIMA zastosowało taki sam sposób wypełnienia oferty, jaki stosowany był w innych ofertach składanych u Zamawiającego. Zamawiający, analizując poszczególne ceny wyciągnął wniosek, że wykonawcy szacują cenę za sprzątanie całej stacji w okresie miesiąca, a następnie dzielą tę cenę po równo albo w różnych, powtarzalnych proporcjach (ale nie odnosząc się do rzeczywistych powierzchni, nakładów pracy, trudności wykonania) przez każdą pozycję składową lub w równym stopniu przez usługi z tej samej grupy np. podłogi. Jest to praktyka stosowana przez wykonawców i akceptowana przez Zamawiającego jako zgodna z warunkami specyfikacji warunków zamówienia. W obecnym postępowaniu zarówno Odwołujący, jak i kilku innych oferentów, nie zastosowali odniesienia do m² sprzątej powierzchni, pracochłonności, zużycia materiałów, a dokonali odpowiedniego podziału ceny całkowitej na poszczególne pozycje. W ofercie Odwołującego

przykładem jest stacja Kabaty: Taka sama cena 3.674,30 zł dla wszystkich pozycji podłogi w ofercie Odwołującego, podczas gdy powierzchnie są bardzo różne, np. podłoga windy (powierzchnia około 2 m²) i peron (powierzchnia około 1200 m²). Ta zasada zastosowana jest w formularzu dla każdej stacji. Oznacza to, że wykonawcy (w tym Odwołujący) cenę wykonanego zadania rozpatrują w skali całej stacji, nie zaś dokładnie dla poszczególnej pozycji oddzielnie.

W piśmie z 27 października 2021 roku, pytanie 2., Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający określił w dokumentacji stanowiącej opis Przedmiotu Zamówienia (tj. w załącznikach nr 8a i 8b do ST) metraże powierzchni objętej usługą oraz dodatkowo – mając na celu wyjaśnienie ewentualnych wątpliwości dotyczących treści SWZ oraz zapoznanie Wykonawców ze stanem technicznym obiektów oraz uwarunkowaniami lokalizacyjnymi pomieszczeń w których świadczona będzie usługa – zorganizował całodniową wizję lokalną, na której udostępnił i zaprezentował Wykonawcom obiekty stacyjne (materiały i kształty powierzchni). Informacje zawarte w załącznikach nr 8a i 8b do ST pozwalają na określenie przez Wykonawców w załączonych do oferty formularzach cenowych sporządzonych wg wzorów stanowiących załączniki nr 1a i 1b do ST (tj. w wykazach usług porządkowych i kosztów ich wykonania) ceny jednostkowe wykonania usługi. Zgodnie z postanowieniami ST i Wzoru Umowy (zał. nr 2 do SWZ) wypełnione przez Wykonawcę załączniki nr 2a i 2b do ST (tj. wykazy usług porządkowych i jednostkowych kosztów ich wykonania na stacjach) stanowiąc będą natomiast (wraz z fakturą i protokołem odbioru) podstawę do miesięcznego rozliczenia wynagrodzenia. Załączniki 2a i 2b do ST zawierają podzielone koszty usług i krotności ich wykonania aby w przypadku niewykonania lub nierzetelnego wykonania zamówienia określić wysokość potrącenia wynagrodzenia Wykonawcy. W opinii Zamawiającego informacje zawarte w załącznikach do SWZ umożliwiają rzetelną wycenę oferty i spełniają wymagania określone w art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, tj. stanowią opis Przedmiotu Zamówienia sformułowany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.”

Odwołujący, który posiada kilkuletnie doświadczenie w realizacji usługi utrzymania czystości na I linii metra na podstawie umowy nr WP.022.00063.2019.PRS mógł odnieść się precyzyjnie do powierzchni na poszczególnych stacjach. Przystępujący mógł korzystać jedynie z informacji udostępnionych wszystkim wykonawcom przez Zamawiającego oraz wiedzy uzyskanej podczas wizji lokalnej. Zamawiający nie podał powierzchni wszystkich pozycji formularza cenowego. Zamawiający wskazał w załączniku 8a do specyfikacji technicznej dane do przygotowania oferty i oczekiwał wskazania ceny dla pozycji.

W zakresie rażąco niskiej ceny Zamawiający podzielił też stanowisko i argumenty Konsorcjum PRIMA z przystąpienia.

Co do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień Zamawiający wskazał, że Odwołujący postawił ten zarzut gołosłownie, nie przedstawiając żadnych twierdzeń i dowodów na jego wykazanie czy poparcie. Zamawiający nie wie, jakiego rzekomego warunku oferta Konsorcjum PRIMA nie spełnia, a Odwołujący w żaden sposób tego zarzutu nie rozwinął, nie uzasadnił ani nie wskazał konkretnego warunku, którego oferta Przystępującego nie spełnia, nie jest możliwe zajęcie stanowiska w tym zakresie, czy też odniesienie się do hipotetycznie niespełnianego warunku.

Co do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wskazał, że Odwołujący błędnie twierdzi, iż Konsorcjum PRIMA złożyło ofertę zawierającą rażąco niską cenę i na tej podstawie uważa, iż jest to czyn nieuczciwej konkurencji, czy też doszło do wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej, która to zawiera rażąco niską cenę.

Oferta Odwołującego z ceną 49.319.244,00 zł netto i 60.662.670,12 zł brutto jest wyższa tylko o ok. 700.000 zł netto od oferty Przystępującego (48.621.084,00 zł netto i 59.803.933,32 zł brutto). Taka różnica cenowa nie potwierdza rażąco niskiej ceny. Skoro Zamawiający stwierdził, iż cena zaoferowana przez Przystępującego jest ceną realną, nie mógł odrzucić tej oferty ani nie dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej.

III Stanowisko Przystępującego

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia PRIMA CW Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Pakar Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący wskazał, że składając wyjaśnienia ceny wraz z koniecznymi dowodami, złożył równoległe wymagane zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych uzasadnienie dla zastrzeżenia treści wyjaśnień jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Uzasadnienie odnosi się bezpośrednio do treści składanych wyjaśnień i ich znaczenia gospodarczego dla prowadzonej przez Przystępującego działalności gospodarczej. Przystępujący w sposób skuteczny i zgodny z ustawą Prawo zamówień publicznych zrealizował wymóg uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny, jak również Zamawiający dokonał krytycznej oceny skuteczności i zasadności przyczyn ochrony składanych informacji.

Przystępujący podtrzymał w całości, jako w pełni uzasadnione i wykazane, przyczyny ochrony złożonych wyjaśnień w zakresie szczegółowych elementów kalkulacji złożonych z wyjaśnieniami i chronionych jako posiadające istotną wartość gospodarczą dla przedsiębiorstwa i prowadzonej działalności gospodarczej.

Przepis art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera uprawnienie zamawiającego do ograniczenia jawności informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia w przypadkach określonych w ustawie. Ustawodawca zakazuje zamawiającemu udostępnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli wykonawca zastrzeże, że informacje te nie mogą być udostępnione. Z treści art. 18 ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności z treści nakazu „nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu (...)” wynika obowiązek badania przez zamawiającego, czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa rzeczywiście tę tajemnicę stanowią w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający jest zobowiązany do samodzielnej oceny, czy zachodzą przypadki określone w ustawie, uprawniające do ograniczenia jawności.

Przystępujący w złożonym uzasadnieniu tajemnicy wyjaśnień szczegółowo odniósł się do elementów definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przenosząc je na grunt przedmiotowej sprawy i konkretnych okoliczności uzasadniających objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa szczegółowych kalkulacji ceny i dowodów na jej potwierdzenie. Przede wszystkim wskazał, iż: 1) utajnione informacje stanowią szczegółowe wyliczenia źródeł pochodzenia poszczególnych kosztów, które same w sobie posiadają wartość gospodarczą oraz zawierają informacje techniczne oraz organizacyjne określające zindywidualizowany dla wykonawcy sposób wykonania i kalkulowania przedmiotu oferty, 2) utajnione informacje mają charakter indywidualny, niepowtarzalny i należy je oceniać łącznie jako powiązane ze sobą elementy jednego projektu oferujące szczególne rozwiązania, które znane są wyłącznie wykonawcy, 3) utajnione informacje nie zostały nigdy, w żadnym miejscu i w żaden sposób ani w całości, ani w części podane do publicznej wiadomości oraz, że wolą wykonawcy jest, aby nigdy nie były ujawniane na zewnątrz, a jednocześnie, że nie są one dostępne drogą zwykłą i dozwoloną, 4) podjął wszystkie niezbędne czynności oraz zastosował adekwatne do chronionych informacji i ich wartości środki techniczne, organizacyjne i prawne w celu zachowania ich w poufności.

Odwołujący stwierdza, że podjęcie przez Przystępującego próby wyłączenia jawności dokumentów utajnionych nakierowane było wyłącznie na uniemożliwienie innym reflektantom zapoznania się ze złożonymi wyjaśnieniami i dowodami, a tym samym uniemożliwienie zweryfikowania, czy złożone wyjaśnienia rzeczywiście uzasadniają podaną w ofercie cenę. Złożony przez Przystępującego jako element wyjaśnień ceny oferty na wezwanie Zamawiającego szczegółowy kosztorys pozycji objętych wezwaniem zawiera szczegółowe informacje na temat źródeł pochodzenia kosztów i podstawy wyliczeń poszczególnych

składników kosztotwórczych i są to informacje, których oferta nie zawierała. Dokument prezentuje podstawy kalkulacyjne poszczególnych elementów składowych zamówienia.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek „wykazania, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa” nie jest równoznaczny z obowiązkiem udowodnienia, w rozumieniu, jakim posługuje się Odwołujący, tj. przedstawienia pliku dowodów potwierdzających istnienie faktów. Gdyby chodziło o przedstawienie pliku dowodów, to ustawodawca wskazałby wyraźnie na wymóg udowodnienia. Pojęcie „wykazał” należy rozumieć, jako „rzeczowo uzasadnił”. Oświadczenie wykonawcy stanowi jeden z podstawowych środków dowodowych wykorzystywanych w procedurze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przepisy jednoznacznie i wprost wskazują na obowiązek przedstawienia przez wykonawcę dowodów, jeśli jest to uzasadnione potrzebami postępowania. Oceniając zasadność zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa zamawiający nie opiera się wyłącznie na samym uzasadnieniu zastrzeżenia przedstawionym przez wykonawcę, choć niewątpliwie jest to dokument kluczowy – musi zestawić treść tego dokumentu z zastrzeżonymi informacjami. Dopiero wtedy możliwa jest ocena czy dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Oświadczenie wykonawcy dokonującego zastrzeżenia tajemnicy informacji może być wystarczającym środkiem dowodowym, jeżeli okoliczności sprawy pozwalają uznać je za wiarygodne i obdarzyć mocą dowodową. Jeżeli same okoliczności, jak kontekst, w którym oświadczenie jest składane, czy przedmiot zastrzeganych informacji wskazują, że oświadczenie jest wiarygodne i wystarczająco potwierdza okoliczności wykazywane przez wykonawcę w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to brak jest podstaw, aby takie „wykazanie” uznać za nieskuteczne i odmówić ochrony zastrzeżonym informacjom.

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał (ani nie podjął nawet próby wykazania) powodów, dla których skonkretyzowanym oświadczeniom oraz informacjom Przystępującego w zakresie przesłanek art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. wartości gospodarczej informacji, braku powszechnej znajomości tych informacji osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo podjęciu przez Przystępującego działań w celu utrzymania zastrzeganych informacji w poufności, należało odmówić wiarygodności i mocy dowodowej. Odwołujący zdaje się w ogóle nie twierdzić, że zastrzeżone przez Przystępującego informacje nie mają wartości gospodarczej ani że faktycznie nie podjęto względem tych informacji racjonalnych działań ochronnych, tj. nie zaprzecza twierdzeniu, że wobec tych informacji wystąpiły okoliczności, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – przez co pośrednio przyznaje, że taki walor tajemnicy przedsiębiorstwa informacje te posiadają. Informacje o określonym, ograniczonym kręgu kontrahentów, z którymi wykonawca podjął współpracę gwarantującą mu uzyskanie

korzystnych warunków realizacji specyficznego rodzaju usług na rynku, zleczanych przez podmiot publiczny, liczonych w efekcie skali zamówienia, stanowią istotną wartość gospodarczą przedsiębiorstwa, która pozwala wykonawcy na kształtowanie swojej konkurencyjnej pozycji na rynku tego rodzaju usług. Informacje o kontrahentach, wypracowane kontakty, nazwy partnerów handlowych, dane dotyczące kwot wynikających z zawartych porozumień, ceny zaoferowane na poszczególne materiały za mogące stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Dane te niewątpliwie stanowią wartość gospodarczą i mogą mieć znaczenie dla prowadzonej działalności gospodarczej. Ich poufność może mieć znaczenie z punktu widzenia konkurencyjności wykonawcy. Zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu. Informacje te powstają bowiem na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne.

Także sam Odwołujący nie był w stanie wykazać, że zastrzegane informacje w istocie są powszechnie dostępne albo dostępne osobom zawodowo zajmującym się tego typu informacjami. Odwołujący nie uprawdopodobnił, że osoby takie mogą uzyskać legalny dostęp do zastrzeżonych informacji, a w efekcie brak jest podstaw do zakwestionowania wartości dowodowej uzasadnienia Przystępującego o stosowaniu takich mechanizmów ochrony informacji.

Zastrzeżone informacje obejmują w szczególności precyzyjne wyjaśnienie kosztów, w tym wynagrodzeń personelu, przedstawienie konkretnych danych dotyczących sposobu zatrudnienia określonej grupy pracowników oraz kwestii związanych z obniżeniem kosztów, a także zysku wykonawcy. Sposób kalkulacji ceny w zakresie kosztów poszczególnych składników cenotwórczych określonego wykonawcy należy zaliczyć do informacji, które stanowią niezwykle cenne źródło informacji dla konkurencji. Pokazują one w sposób precyzyjny kalkulację ceny oferty. Dane przyjęte przez Przystępującego do kalkulacji cen jednostkowych nie są powszechnie dostępne konkurującym wykonawcom i nie są możliwe przez nich do ustalenia.

Odwołujący poprzestaje na formułowaniu głośnych twierdzeń odnośnie rzekomego niewykazania w sposób należyty, że złożone wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołanie pomija treść złożonego uzasadnienia tajemnicy i konkretną argumentację i przyczyny żądanej ochrony informacji. Zamawiający nie ma obowiązku ujawnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa tylko z tego względu, by konkurujący wykonawca mógł zweryfikować te informacje pod kątem ewentualnego postawienia zarzutów wobec danej oferty.

Polityka wynagrodzeń w przedsiębiorstwie, podobnie jak polityka kadrowa, stanowi obszar działalności przedsiębiorstwa, który może być objęty ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa. Obowiązujące przepisy nie stanowią żadnych wyłączeń w tym zakresie.

Zastrzeżone przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnienia dotyczą kalkulacji wycen/podstaw kalkulacji w odniesieniu do znacznej ilości danych, dla których Zamawiający w specyfikacji warunków zamówienia nie określał szczegółowych warunków, w tym osobowych, sprzętowych lub materiałowych. Wyjaśnienia dotyczące kalkulacji cen jednostkowych oferty zawierają szczegółowe informacje, które posiadają wartość gospodarczą, a tym samym podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zastrzeżone informacje obejmują szczegółowe wyjaśnienie kosztów wynagrodzeń pracowników, przedstawienie konkretnych danych dotyczących sposobu zatrudnienia określonej grupy pracowników oraz kwestii związanych z obniżeniem kosztów, a także zysku wykonawcy. Sposób kalkulacji ceny w zakresie kosztów poszczególnych składników cenotwórczych określonego wykonawcy należy zaliczyć do informacji, które stanowią niezwykle cenne źródło informacji dla konkurencji. Pokazują one w sposób precyzyjny kalkulację ceny oferty w tym poziom zysku. Dane przyjęte przez Przystępującego do kalkulacji objętych wezwaniem do wyjaśnień cen jednostkowych nie są powszechnie dostępne konkurującym wykonawcom i nie są możliwe do ustalenia. Zostały wytworzone jako zbiór indywidualnie określonych informacji dla potrzeb przedmiotowego zamówienia, a tym samym odniesienie tych informacji do warunków danego zamówienia pozwala na poznanie, w jaki sposób dany wykonawca zaplanował zorganizowanie i wykonanie usług. Są to dane istotne z punktu widzenia konkurencyjności danego wykonawcy na rynku. Wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji opiera się na utrzymaniu stanu niepewności innych podmiotów co do możliwych posunięć dysponentów tajemnicy na konkurencyjnym rynku. Istnienie niepewności co do przyszłego zachowania konkurentów jest istotą mechanizmów konkurowania.

Postępowania takie jak to, nie są zjawiskami jednorazowymi i zamiarem Konsorcjum PRIMA jest ubieganie się o dalsze zamówienia w tej samej branży, z zachowaniem wysokich szans na ich pozyskanie. Dlatego w interesie wykonawcy jest nieujawnianie ani swojej polityki cenowej, ani podejścia do kalkulacji oferty w indywidualnym przypadku. Ujawnienie wyjaśnień miałoby istotny negatywny wpływ na jego sytuację, w szczególności:

- ujawnienie kosztów pozwoli innym wykonawcom oszacować zakres minimalnych cen, w jakich może być złożona oferta w innym postępowaniu,
- ujawnienie informacji na temat założeń przyjmowanych przy kalkulacji oferty (np. dotyczących czasochłonności poszczególnych prac, źródeł pochodzenia materiałów stosowanych do wykonania zamówienia i ponoszonych kosztów) pozwoli innym

wykonawcom oszacować zakres minimalnych cen, w jakich wykonawca może złożyć ofertę w innym postępowaniu,

- ujawnienie marży w powiązaniu z ujawnieniem kosztów ułatwi jeszcze precyzyjniejsze oszacowanie zakresu cen, jakie może zaoferować wykonawca.

W efekcie zmniejszą się szanse wykonawcy na pozyskanie kolejnych źródeł przychodu, ponieważ inni wykonawcy będą w stanie dostosować swoją politykę cenową do możliwości i metod stosowanych przez nich (np. poznają nowe metody ograniczania kosztów lub ograniczą marżę stosowaną dotychczas).

Odwołujący poprzestaje na formułowaniu gołosłownych twierdzeń. Odwołanie pomija całkowicie treść złożonego uzasadnienia tajemnicy, konkretną argumentację i przyczyny żądanej ochrony informacji.

Brak dostępu do treści złożonych przez Przystępującego wyjaśnień wskazanych elementów składowych oferty nie uniemożliwił Odwołującemu sformułowania zarzutów odwołania wprost odnoszących się do wysokości cen jednostkowych, których odtajnienia oczekuje. Ceny jednostkowe, w tym te kwestionowane przez Odwołującego, są jawne.

Przystępujący wskazał też, że w odniesieniu do zarzutu niezgodności treści oferty Przystępującego z dokumentami zamówienia, co miałyby skutkować podstawą odrzucenia jej na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie nie zawiera faktycznie wskazania, na czym miałyby polegać zarzucana niezgodność, co uniemożliwia merytoryczne odniesienie się. Analiza treści odwołania prowadzi do wniosku, że w odniesieniu do powyższej kwestii trudno jest w ogóle mówić o sformułowaniu przez Odwołującego jakiegokolwiek zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarzut składa się z podstawy faktycznej, tj. opisu działań/zaniechań zamawiającego oraz podstawy prawnej – przytoczenia przepisów prawa, które owe działania/zaniechania naruszają. Tymczasem Odwołujący, poza zrelacjonowaniem okoliczności stanu faktycznego, w żaden sposób nie wykazał, aby konkretna niezgodność, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, w treści oferty Przystępującego miała miejsce. Uwzględniając powyższe zarzut odwołania zasługuje na oddalenie.

Treść oferty Przystępującego jest w pełni zgodna z treścią specyfikacji warunków zamówienia, w szczególności z załącznikiem nr 1a do specyfikacji technicznej. Zarówno forma jak i treść załącznika została przez Przystępującego złożona w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego.

Oferta Przystępującego zawiera odrębne i poprawne wyceny dla wszystkich wymaganych dla wyceny opcji w szczególności nr 1 i 4 – codzienna dezynfekcja stacji i dezynfekcja stacji na zlecenie.

Odwołujący wskazuje ponadto na rzekomo nieprawidłowy sposób wypełnienia załącznika nr 2a do specyfikacji technicznej „Wykaz usług porządkowych i jednostkowych kosztów wykonania”. Treść tego załącznika jest zgodna ze specyfikacją warunków zamówienia.

Zamawiający nie narzucił w specyfikacji warunków zamówienia sposobu wyliczania jednostkowej ceny usługi. Fakturowanie usługi następuje za każdy miesiąc po przedstawieniu zatwierdzonego protokołu odbioru. Taki sposób przedstawienia stawek umożliwia obu stronom transparentność i łatwość rozliczania kontraktu.

W odniesieniu do zarzutu rażąco niskich cen dla usług opisanych w pozycjach X.5.3 „Serwis od godz. 06:00 do 22:00 WC publiczne” Odwołujący, nie znając treści złożonych wyjaśnień, kalkulacji i dowodów, nie jest w stanie ustalić sposobu kalkulacji usług przez Przystępującego. Obliczenia, jakie prezentuje w odwołaniu, nie uwzględniają faktycznych założeń kalkulacyjnych Przystępującego i są wyłącznie wyliczeniami przyjętych przez Odwołującego kosztów. Przystępujący w wyjaśnieniach z 3 grudnia 2021 r. przedstawił dowody i kalkulacje jednoznacznie wskazujące, że żadna z kwestionowanych pozycji nie generuje straty dla konsorcjum. W oparciu o dotychczasowe doświadczenie biznesowe oraz sprawdzone i stosowane z powodzeniem praktyki zgodne z obowiązującym prawem przedstawił konkretne i weryfikowalne źródła optymalizacji oferty pozwalające na pokrycie wszystkich koniecznych kosztów. Wycena jest realna, rzetelna i nie nosi znamion rażąco niskiej. Zamawiający jest podmiotem profesjonalnie i od lat zajmującym się zlecaniem realizacji analogicznych usług, jak również nadzorem nad ich realizacją i jest w stanie zweryfikować realność składanych kalkulacji i wyjaśnień. Objęte zamówieniem świadczenia zostały skalkulowane z uwzględnieniem standardu jakościowego, jak i wymagań technicznych zawartych w specyfikacji warunków zamówienia, przy uwzględnieniu wymagań dotyczących klauzuli prozatrudnieniowej. W przypadku jego oferty nie może być mowy o zarzucanym przez Odwołującego zagrożeniu zdrowia osób korzystających ze stacji metra oraz potencjalnym rozprzestrzenianiu się wirusa SARS-CoV-2. Przedstawiony w wyjaśnieniach Przystępującego opis świadczenia usługi zgodny jest ze specyfikacją warunków zamówienia i przedstawia szczegółowe informacje dotyczące środków, jakie zostaną użyte do celów przeprowadzenia dezynfekcji oraz ich stężenia zgodne z zaleceniami producenta wyrobu, co potwierdza, że proces zostanie przeprowadzony w sposób bezpieczny, zgodny ze specyfikacją warunków zamówienia i gwarantujący wymaganą skuteczność. Zamawiający uzyskał w złożonych wyjaśnieniach szczegółowe informacje w tym zakresie i był w stanie je zweryfikować, czemu dał wyraz dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej.

Co do przetargu dla Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. – Odwołujący odnosi się wyłącznie do samych zaoferowanych stawek nie dokonując porównania zakresu obowiązków i wymagań: dedykowany personel, koszty

dojazdu do poszczególnych punktów, wyposażenia osób realizujących usługę, dedykowany nadzór wynikający z charakteru usługi oraz samej technologii wykonania usługi, która jest odmienna od technologii dla metra.

Na gruncie art. 226 ust. 1 pkt 8 czy art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych konieczne jest wykazanie, że cena oferty (jako całość, a nie poszczególne jej elementy) jest rażąco niska. Nie wystarczy udowodnić, że jedna pozycja została potencjalnie zaniżona względem kosztów. Taka interpretacja dominuje w orzecznictwie. Z przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że weryfikacja ceny może nastąpić także wówczas, gdy jej istotna część składowa wydaje się rażąco niska. W takich okolicznościach zamawiający może wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Jednakże nie oznacza to, że zamawiający może ograniczyć się do weryfikacji, czy owa część jest niedoszacowana. Z perspektywy art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych decydująca jest zależność między tym jednostkowym zniżeniem a ceną całej oferty. Jeśli mimo niskiej wyceny jednego elementu całe zamówienie pozostaje rentowne dla wykonawcy, to nie może być mowy o rażąco niskiej cenie.

Zestawienie cen ofert Odwołującego i Przystępującego wskazuje, że przy wycenach na poziomie 60 mln zł różnica jest marginalna i wynosi około 700 tys. zł netto. Dodatkowo kwota, jaką przewidział Zamawiający na sfinansowanie zamówienia, wynosi około 70 mln zł. W przypadku oferty Przystępującego nie może być mowy o rażąco niskiej cenie.

W zakresie zarzutu kalkulacji wynagrodzenia Przystępującego jako czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – skoro cena oferty jest rzetelna i pokrywa koszty, nie może być mowy o czynie nieuczciwej konkurencji. Nie może być zatem mowy o sprzedaży usług poniżej kosztów ich wytworzenia, czy świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Przystępujący udowodnił w trakcie postępowania, że wycena zarówno całkowitej ceny oferty, jak i kwestionowanych elementów składowych jest ekonomicznie uzasadniona i znajdująca oparcie w konkretnych podstawach kalkulacyjnych, brak jest podstaw odrzucenia oferty Przystępującego.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Dla stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie wystarczy stwierdzenie, iż dany podmiot sprzedaje towary lub usługi poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia, czy też je odsprzedaż poniżej kosztów zakupu, konieczne jest dodatkowo wykazanie, że sprzedaż ma

na celu eliminację innych przedsiębiorców. Ważne jest skonkretyzowanie czynu, którego popełnienia dopuścił się określony przedsiębiorca, a także konkretne określenie, jakiego rodzaju dobrym obyczajom przedsiębiorca uchybił. Uznanie zaś konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało oraz kwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu. W stosunku do oferty Przystępującego Odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek opisanych w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Sposób naruszenia konkurencji materializuje się każdorazowo w odmienny sposób, przy uwzględnieniu realów rynkowych, zdefiniowaniu dla danej branży rynku właściwego, sposobu popełnienia czynu w uwzględnieniu, w szczególności jego skutków mających bezpośrednio lub pośrednio przełożenie na sytuację podmiotową przedsiębiorcy dotkniętego takim czynem. Brak wykazania tych przesłanek powoduje, że tak ogólnie sformułowany zarzut należy uznać za blankietowy

IV Stanowisko Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Izba ustaliła również, iż stan faktyczny postępowania, tj. treść specyfikacji warunków zamówienia, treść złożonej przez Przystępującego oferty i innych złożonych przez niego dokumentów, jak też treść pozostałych dokumentów w prowadzonym postępowaniu przetargowym nie są sporne między Stronami i Przystępującym.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez Zamawiającego, złożonych pism oraz stanowisk Stron i Przystępującego przedstawionych podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1 – 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz częściowo zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1, art. 18 ust. 1-3, art. 226 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 oraz art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Powołane przepisy stanowią:

Art. 16.: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Art. 18.: 1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), 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.

Art. 226 ust. 1: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

Art. 239 ust. 1: Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Jak wynika z powyżej przywołanej treści przepisów, regulacja art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w ogóle nie przystaje do wskazanego w odwołaniu stanu faktycznego i zarzutów, których dotyczy odwołanie. Czynności Zamawiającego kwestionowane w odwołaniu bowiem w ogóle nie odnoszą się do oceny ofert lub oferty Przystępującego w ramach kryteriów oceny ofert. W związku z powyższym przepis ten w przywołanym w odwołaniu zakresie w ogóle nie mógł zostać naruszony.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1 – 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba stwierdziła, że zarzut potwierdził się.

Na wstępie należy podkreślić, że przy rozpoznaniu zarzutu Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że Odwołujący odnosił się do dokumentu, którego zasadniczej treści nie poznał ze względu na wskazany fakt objęcia go tajemnicą przedsiębiorstwa. W związku z powyższym oczywiste jest, że Odwołujący w swoim stanowisku nie był w stanie odnieść się do kwestii w nim zawartych i wykazać, że konkretne elementy treści tego dokumentu lub jego

załączników nie spełniają przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, a sformułowany zarzut mógł być jedynie ogólny i odnosić się głównie do kwestii prawnych. Z tego powodu, zdaniem Izby, nie można na niekorzyść Odwołującego rozstrzygać pewnego, naturalnego w tych okolicznościach, braku w zarzucie odniesienia się do konkretnych okoliczności faktycznych związanych z tą treścią, które musiałyby się w nim znaleźć, gdyby treść dokumentu wraz z załącznikami była mu znana.

Przedmiotowe pismo Przystępującego z 3 grudnia 2021 r., zawierające wyjaśnienia poziomu ceny oferty, składa się z 27 stron oraz 19 załączników nazwanych dowodami nr: 1a, 1b, 1c, 2a, 2b, 3, 4, 5, 6, 7, 8a, 8b, 9, 10, 11, 12a, 12b, 12c, 12 d, z których jawne jest pierwszych 18 stron (poza ostatnim akapitem str. 18), obejmujących uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy, oraz załącznik nr 5 będący wydrukiem ze strony PFRON.

W ocenie Izby pozostała, nieujawniona część pisma, tj. od ostatniego akapitu str. 18 do str. 27, wbrew twierdzeniu Zamawiającego i Przystępującego, nie zawiera informacji mających cechy tajemnicy przedsiębiorstwa, poza, ewentualnie, nazwą własną środka do dezynfekcji, który zamierzał zastosować Przystępujący.

Przede wszystkim Przystępujący w piśmie tym odnosi się – bardzo ogólnie – do okoliczności wynikających zarówno z wymogów specyfikacji warunków zamówienia, jak i przepisów prawa, jak też powszechnie znanych w branży, jak zatrudnienie na umowę o pracę, minimalne wynagrodzenie oraz zatrudnianie osób niepełnosprawnych, czy osób w danym wieku. Opisuje też bardzo ogólnie plan co do skorzystania z jednego z programów interwencyjnych – których to istnienie po pierwsze nie jest tajemnicą dla przedsiębiorców, a po drugie tajemnicą przedsiębiorstwa Przystępującego mogłoby być, gdyby zostało opisane konkretnie i w odniesieniu do tego zamówienia, ewentualnie jako konkretny plan na rok 2022 (i kolejne), a nie jedynie wskazane hasłowo i to w ujęciu jedynie historycznym i bez jakiegokolwiek praktycznego kontekstu.

W dalszej kolejności w piśmie zostało zawarte zapewnienie, że w cenie uwzględniono koszty odzieży ochronnej, sprzętu i materiałów higienicznych, przy czym brak szczegółów w tym zakresie, również wskazane planowane zużycie materiałów higienicznych nie zostało poparte wyliczeniem ani wyjaśnieniem, skąd zostały wzięte podane ilości czy wartości.

Przystępujący przypomniał też, że zgodnie z postanowieniami umowy przysługuje mu waloryzacja wynagrodzenia, a samo wynagrodzenie za utrzymanie toalet stanowi jedynie niewielki procent wartości kontraktu (który to procent można łatwo obliczyć z formularzy cenowych zawartych w ofercie i o którym była mowa podczas rozprawy).

W części pisma dotyczącej dezynfekcji stacji – codziennej i opcjonalnej Przystępujący zawarł kilka ogólnych stwierdzeń o swoim doświadczeniu i charakterze tej części usługi oraz swoich ogólnych założeniach co do jej wykonywania – co do wykorzystania pracowników oraz ujęciu

w cenie kosztu środków dezynfekcyjnych (mowa o tym była m.in. podczas rozprawy). W dalszej kolejności Przystępujący wskazał na środek do dezynfekcji (którego nazwa ewentualnie może pozostać tajemnicą – str. 21 i 23 pisma) oraz na jego zużycie i ogólny koszt – również bez wskazania, z czego powyższe dane liczbowe wynikają.

Następnie Przystępujący porównał stawki jednorazowe codziennego procesu dezynfekcji i dezynfekcji na zlecenie poszczególnych uczestników przetargu, co również trudno uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego.

Przystępujący zapewnił także o spełnianiu oczekiwań zawartych w specyfikacji warunków zamówienia, rzetelnym przygotowaniu oferty, swoim doświadczeniu, wysokich standardach funkcjonowania i skutecznym systemie utrzymania usług. Wskazał także, że zlecenia dodatkowe w postaci „dezynfekcji na zlecenie” nie wchodzi w skład wyceny usługi podstawowej i są jedynie opcją, która może nie być zlecana. Podkreślił, że wycena ma charakter zindywidualizowany dla każdego przetargu.

Jak widać z powyższego streszczenia przedmiotowego pisma, nie ma w nim żadnych konkretnych informacji (poza nazwą środka do dezynfekcji), a tym bardziej informacji, które miałyby cechy informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 z późn. zm.) 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.

Jeśli zaś chodzi o załączniki nazwane „dowód nr 1a, 1b, 1 c, 2a i 2b”, w których zostały zawarte oświadczenia – „Klauzula zachowania poufności partnera biznesowego”, oraz druki/wzory oświadczeń „Tajemnica służbowa” i „Zobowiązanie do zachowania poufności” – Izba stwierdziła, że również są to oświadczenia lub wzory oświadczeń o zakresie wskazanym w ich tytułach, które same w sobie nie mają cech tajemnicy przedsiębiorstwa zdefiniowanej w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – poza ewentualnie nazwami owych partnerów biznesowych. Izba nie nakazała jednak ich ujawnienia z tego względu, że nie mają one żadnego znaczenia dla samych wyjaśnień, a zostały dołączone jedynie, by wykazać, że Przystępujący podjął działania w celu zachowania poufności informacji, o której mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Również dowód nr 3 „Lista przypadków pomocy publicznej otrzymanej przez beneficjenta” w ocenie Izby nie ma znaczenia dla samych wyjaśnień Przystępującego, gdyż nie zostały one w żaden sposób odniesione do niniejszego postępowania. Z dowodów przedstawianych Izbie przez wykonawców w innych postępowaniach odwoławczych wynika, że instytucje typu PFRON mogą udzielać informacji o dofinansowaniu poszczególnych przedsiębiorców zainteresowanym podmiotom. Jednak z podobnych względów jak w przypadku dowodów nr 1a-2b Izba uznała, że nie ma potrzeby ujawniać tej informacji.

Jeśli chodzi o załącznik nr 4 „Tabela kosztów WC”, zawarto w niej jedynie ogólne informacje, które albo odnoszą się do przepisów (koszty pracy), albo do nieustalonych podstaw wyliczenia (koszty odzieży ochronnej, sprzętu i materiałów higienicznych), trudno więc uznać, że mają one charakter informacji technicznych, technologicznych albo organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych, posiadających wartość gospodarczą, jak też, że ujawniają jakieś *know-how* dostępne temu konkretnemu przedsiębiorcy.

Załącznik dowód nr 6 – umowa, pochodzi z 2013 r. i może być co najwyżej źródłem wiedzy historycznej o działalności wykonawcy, nie ma zaś bezpośredniego przełożenia na jego sytuację obecną na rynku, a tym samym wpływu na pogorszenie pozycji wykonawcy czy też polepszenie pozycji konkurentów po zapoznaniu się z nią. Podobnie jeśli chodzi o dowód nr 7 – informację o zgłaszanym zapotrzebowaniu na pracowników od roku 2014 do roku 2021. Zatem również w tym przypadku trudno uznać, że mają one charakter informacji technicznych, technologicznych albo organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych, posiadających wartość gospodarczą, jak też, że ujawniają *know-how* dostępne temu konkretnemu przedsiębiorcy.

Załącznik dowód nr 9 zawiera ogólne oświadczenie konsorcjanta Przystępującego o posiadanym sprzęcie do wykonywania usługi dezynfekcji, co również trudno uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Załączniki dowód nr 10 i 11 zatytułowane „Dezynfekcja zużycie” nie zawierają konkretnych informacji, na jakiej podstawie owo zużycie, czy też właściwie koszt dezynfekcji, zostały określone, więc trudno tu wskazać na jakiegokolwiek *know-how* Przystępującego. Tym samym w powyższych dokumentach za ewentualną tajemnicę przedsiębiorstwa można uznać jedynie nazwę proponowanych środków do dezynfekcji.

Za tajemnicę przedsiębiorstwa mogą zaś być uznane dowód nr 8a – „Oferta specjalna na potrzeby zakupu produktów chemicznych i higienicznych do przetargu na kompleksowe utrzymanie czystości Metra Warszawskiego” oraz dowody nr 12a, 12b, 12c i 12d będące ofertą handlową na preparaty do dezynfekcji i inne środki chemiczne oraz ulotkami tych preparatów.

Jako oferta został również opisany dowód nr 8b, jednak charakter tego dowodu budzi wątpliwości, czy może być uznany za tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ nie zostało

w żaden sposób wskazane, że jest to oferta indywidualna dla Przystępującego, nie zaś np. zamieszczony w Internecie wydruk cennika dostępnego *ad incertas personas*, nie wiadomo też od jakiego podmiotu pochodzi. Cennik ten obejmuje również wiele produktów, a Przystępujący nie wskazał, które z nich miałyby być wykorzystane przy realizacji niniejszego zamówienia. Zatem przed ewentualnym ujawnieniem kwestia, czy w ogóle jest to oferta konkretnie dla Przystępującego, a nie ogólnie dostępna dla każdego zainteresowanego, musiałaby być wyjaśniona. Izba jednak nie nakazała ani wyjaśnienia, ani ujawnienia powyższego dokumentu, ponieważ nie ma to znaczenia praktycznego w przedmiotowej sprawie.

Jak wynika z powyższego, poza załącznikami o nr 8 i 12, ani treść pisma, ani załączników nie zawierają informacji o charakterze technicznym, technologicznym, czy organizacyjnym przedsiębiorstwa jak też inne informacji posiadających wartość gospodarczą. Co więcej, przedstawienie niektórych z nich (nr 3, 6 i 7), pomimo że nie mają one znaczenia dla sprawy, ponieważ nie odnoszą się do niniejszego postępowania i oferowanej usługi i nic konkretnego do wyjaśnień nie wnoszą (jak już Izba wskazała wcześniej, by dokumenty takie miały znaczenie dowodowe, powinny dotyczyć aktualnej sytuacji wykonawcy) – zatem nie było konkretnej potrzeby ich załączania – wskazuje, że wykonawca *de facto* nie jest szczególnie zainteresowany zachowaniem ich poufności. Zapoznanie się z nimi nie daje też konkurentom żadnej realnej korzyści na przyszłość.

Zamawiający w swoim stanowisku przywołał tezę z wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach, z która należy się zgodzić – za tajemnicę przedsiębiorstwa można uznać wyjaśnienia czy też ich części zawierające konkretne dane cenotwórcze, przy czym za kluczowe w owej tezie należy uznać wskazanie na „konkretne dane cenotwórcze”, których w zakwestionowanych wyjaśnieniach i załącznikach do nich jednak brak.

W związku z powyższym Izba uwzględniła powyższy zarzut i nakazała Zamawiającemu ujawnienie treści wyjaśnień Przystępującego z 3 grudnia 2021 r. oraz załączników: dowód nr 4, 6, 7, 9, 10, 11 – za wyjątkiem nazwy własnej środka do dezynfekcji.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba stwierdziła, że zarzut potwierdził się w poniższym zakresie.

Podobnie jak w przypadku zarzutu 1., przy rozpoznaniu tego zarzutu, Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że Odwołujący odnosił się do faktów, które nie były mu znane ze względu na objęcie przez Przystępującego wyjaśnień poziomu ceny z 3 grudnia 2021 r. tajemnicą przedsiębiorstwa i utrzymaniu tego stanu przez Zamawiającego. W konsekwencji Odwołujący w swoim stanowisku nie był w stanie odnieść się do przedstawionych wyjaśnień, a sformułowany zarzut mógł być jedynie ogólny i odnosić się głównie do kwestii prawnych

oraz treści samej oferty. Z tego powodu, zdaniem Izby, nie można na niekorzyść Odwołującego rozstrzygać naturalnego w tych okolicznościach braku w zarzucie odniesienia się do konkretnych okoliczności faktycznych związanych z tą treścią, które musiałyby się w nim znaleźć, gdyby treść złożonych wyjaśnień była mu znana. Izba stwierdziła zatem, że choć odwołanie zostało napisane w sposób daleki od doskonałości, to nie można nie przyznać Odwołującemu racji co do *meritum*.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych został sformułowany jako jeden zarzut, który następnie został podzielony na trzy części (2.1, 2.2. i 2.3). Odwołujący na wstępie zarzutu 2. powołał wymienione przepisy, po czym odniósł do nich dalszą część wywodów. Tym samym to owa część odwołania odnosi się, jako uzasadnienie faktyczne, do przywołanej podstawy prawnej, także w zakresie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych – jako stan, który, zdaniem Odwołującego, jest nie tylko przejawem rażąco niskiej ceny i nieuczciwej konkurencji, ale także niezgodności z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w specyfikacji warunków zamówienia, tj. z wymogami dotyczącymi dezynfekcji stacji na zlecenie i dezynfekcji codziennej oraz serwisu WC („rażąco niska cena i błędny sposób wyliczenia”), a także nieprawidłowym sposobem wypełnienia załącznika nr 2 do specyfikacji technicznej.

Zgodnie z punktem X.7.0 załącznika nr 3a do specyfikacji technicznej „Dezynfekcja stacji”, usługa dezynfekcji stacji podzielona jest na dwie usługi: dezynfekcję codzienną oraz na zlecenie. Usługa codzienna polega na dezynfekowaniu powierzchni dedykowanymi środkami chemicznymi następujących elementów stacji w przestrzeni pasażerskiej: poręcze poziome i pionowe, uchwyty, uchwyty w dźwigach i platformach, klamki i gałki drzwi, przyciski, bramki biletowe i kasowniki w okolicach wyjścia i wejścia biletu oraz czytnika zbliżeniowego. Usługę realizuje się minimum 2 razy dziennie. Pierwsze wykonanie na każdej stacji rozpoczyna się około godziny 12.00 natomiast drugie wykonanie następuje po zakończeniu ruchu pasażerskiego w godzinach 1:00 – 5.00. Jeśli ruch pasażerski odbywa się bez przerwy, dezynfekcję należy rozpocząć około godziny 3:00. Dezynfekcja realizowana jest środkami, które nie wymuszają karencji w użytkowaniu wymienionych elementów stacji po wykonaniu usługi. Usługa polega na rozpyleniu na powierzchni środka dezynfekującego i wytarciu do sucha czystą ścierką. Usługę należy wykonywać z użyciem jednorazowych rękawiczek i ścierek. Odbiór usługi wykonuje się dwa razy dziennie dokonując wpisu w harmonogramie będący załącznikiem nr 2 do technologii utrzymania czystości.

Usługa na zlecenie polega na dezynfekcji ścian i podłóg części stacji z podziałem na peron, hale odpraw, przejścia podziemne, zawierająca powierzchnie podłóg i ścian. Odbiór usługi wykonuje się po zakończeniu prac wypełniając protokół będący załącznikiem nr 3 do technologii czystości. Usługę należy wykonywać z użyciem kombinezonów ochronnych,

masek i rękawiczek jednorazowych. Usługa polega na rozpyleniu na powierzchni ścian i podłóg środka dezynfekującego.

Punkt 22. specyfikacji warunków zamówienia zawiera „Opis sposobu obliczenia ceny”. Zgodnie z podpunktem 22.7 wykonawca zobowiązany był wskazać ceny jednostkowe realizacji usług w załączonych do oferty formularzach cenowych sporządzonych wg wzorów stanowiących załączniki do specyfikacji technicznej.

W podpunkcie 22.8 Zamawiający wskazał, że usługa polegająca na wykonywaniu dezynfekcji stacji metra (tj. zamówienia opcjonalne w zadaniu nr 1 i opcja nr 4 w zadaniu nr 2) obejmuje codzienną dezynfekcję stacji oraz doraźną dezynfekcję stacji. W Formularzu Oferty na Platformie Zakupowej w pozycji „Dezynfekcja stacji I linii Metra Warszawskiego Sp. z o.o.” (dot. Zadania nr 1) lub w pozycji „Dezynfekcja stacji II linii Metra Warszawskiego Sp. z o.o.” (dot. Zadania nr 2) Wykonawca wpisuje zaoferowaną łączną cenę za wykonywanie codziennej dezynfekcji stacji (na podstawie załączonych do oferty Formularzy Cenowych sporządzonych wg wzorów stanowiących zał. nr 1a i 1b do ST) powiększoną o łączną kwotę, jaką Zamawiający przeznaczył na doraźną dezynfekcję stacji w okresie realizacji Przedmiotu Zamówienia, tj. 150.000,00 zł netto – w przypadku Zadania nr 1, 120.000,00 zł netto – w przypadku Zadania nr 2. Uwzględniając powyższe, w Formularzu Oferty wykonawca nie uwzględnia cen jednostkowych określonych w formularzach: „Jednorazowy koszt dezynfekcji podłóg i ścian stacji metra” (stanowiących element składowy zał. nr 1a i 1b do ST) – ww. ceny służyć będą wyłącznie do bieżącego rozliczenia usług w ramach doraźnej dezynfekcji stacji.

Punkt 24. specyfikacji warunków zamówienia zawiera „Sposób oceny ofert”. W podpunkcie 24.11 specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający wskazał, że za istotne części składowe ceny, o których mowa w pkt 24.7, należy uznać poszczególne ceny jednostkowe określone w formularzach cenowych załączonych do oferty. Przy czym podpunkt 24.7 stanowi odpowiednik art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że jeżeli zaoferowana cena lub jej istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych.

W załączniku nr 1a do specyfikacji technicznej „WYKAZ USŁUG PORZĄDKOWYCH I KOSZTÓW ICH WYKONANIA zgodnie z Wykazem Usług Porządkowych i Jednostkowych Kosztów Ich Wykonania na stacjach od A01 do A23 (Zał. Nr 2a) oraz Technologii Utrzymania

Czystości (Zał. Nr 3a), ZADANIE NR 1, OPCJA NR 4 DEZYNFEKCJA STACJI NA ZLECENIE, Jednorazowy koszt dezynfekcji podłóg i ścian stacji metra” z podziałem na: peron pasażerski ze schodami, północną/południową halę odpraw, północne/południowe przejście podziemne ze schodami na stację, Przystępujący wskazał dla stacji: Kabaty, Centrum i Ratusz Arsenał łączny koszt 25 zł (po 5 zł dla każdego z ww. elementów), dla stacji Młociny 21 zł (po 7 zł dla peronu pasażerskiego ze schodami oraz północnej i południowej hali odpraw), dla stacji: Słodowiec, Stare Bielany i Wawrzyszew 9 zł (po 3 zł dla peronu pasażerskiego ze schodami oraz północnej i południowej hali odpraw) oraz 15 zł dla pozostałych stacji (po 3 złote dla każdego z elementów). Odwołujący powyższe wartości powiązał z kwotą 333 zł wynikającą ze stawki za dezynfekcję codzienną ($14 \times 15 + 3 \times 25 + 21 + 3 \times 9 = 333$) jednak nie wynika to ani z oferty, ani ze stanowiska Przystępującego, który nie wyjaśnił, na jakiej podstawie ustalił takie właśnie stawki.

Nie budzi wątpliwości, że wskazana cena jednostkowa dezynfekcji podłóg i ścian stacji metra poszczególnych stacji w wysokości od 9 do 25 złotych za stację ma przymiot rażąco niskiej w stosunku do zakresu usługi i ani Zamawiający, ani Przystępujący nie usiłowali z tym polemizować, co jasno wynika z faktu, że żaden z nich nie podjął nawet próby wyliczenia kosztu owej dezynfekcji mieszczącego się w granicach owych 9 – 25 złotych. Powoływali się jedynie na fakt, że powyższe nie ma znaczenia ze względu na postanowienie specyfikacji warunków zamówienia, zgodnie z którym Zamawiający na dezynfekcję na zlecenie dla zadania nr 1 przewidział maksymalną kwotę 150.000 złotych, co jest jedynie promilem ceny oferty, a przedmiotowa usługa jest opcjonalna i prawdopodobnie i tak nie będzie zlecana.

Nie zmienia to jednak dwóch okoliczności – po pierwsze, że powyższa usługa została ujęta jako część przedmiotu zamówienia, nawet jeśli opcjonalna, zatem tłumaczenie, że nie będzie ona zlecana, nie ma znaczenia i nie może być wzięte pod uwagę. Jeżeli zlecenie takiej usługi nie jest planowane, nie powinna ona być ujmowana w opisie przedmiotu zamówienia. Po drugie, skoro została ujęta w zamówieniu, to powinna być traktowana jako część zamówienia, a skoro jest częścią zamówienia podlegającą wycenie, to powinna zostać wyceniona, a co więcej – skoro miała zostać wyceniona, to powinna zostać wyceniona rzetelnie i realnie.

Nawet jeśli przyjąć za Przystępującym, że usługę tę będzie wykonywał pracownik/pracownicy, których koszty zatrudnienia ponoszone są w ramach obsadzenia etatu/etatów na I, II i III zmianie, pozostają jeszcze koszty środków ochrony osobistej, preparatów do dezynfekcji i użycia sprzętu do ich rozpylania. Przystępujący ani Zamawiający nie wykazali, że ich koszt będzie mieścił się w granicach owych 9 – 25 złotych dla stacji. Co więcej, nie wykazano też, jaki będzie czas wykonywania owej dezynfekcji przez ww. pracownika/pracowników i czy będzie on akceptowalny dla Zamawiającego ze względu na

konieczność wyłączenia na ten czas stacji metra z ruchu pasażerskiego, a tym samym, czy w praktyce nie będzie konieczna ekipa do wykonania takiej dezynfekcji.

Również stwierdzenie Zamawiającego, że w związku z przypisaniem tej usłudze maksymalnej wartości 150.000 złotych podane przez Przystępującego ceny wpływają wyłącznie na liczbę możliwych zleceń dezynfekcji mieszczących się w założonej kwocie 150.000,00 zł i przy cenie zaoferowanej przez Przystępującego, Zamawiający będzie miał możliwość zlecenia tej usługi większą liczbę razy, jest błędne, a dokładniej – wskazuje na istotną okoliczność, której Zamawiający nie wziął pod uwagę.

Otóż owszem, maksymalna cena umowna, jaką Zamawiający zapłaci za ww. usługę została określona na kwotę 150.000 zł. Jednak przy cenie usługi wskazanej przez Przystępującego w kwocie 150.000 zł mieści się 10.000 dezynfekcji w cenie 15 złotych, 6.000 dezynfekcji w cenie 25 złotych i 16.666 dezynfekcji w cenie 9 złotych. (Warto tu zauważyć, że Odwołujący powyższą usługę wycenił na kwoty 4.500, 6.000, 9.000 i 16.500 zł, w zależności od stacji, zatem w ramach kwoty 150.000 złotych zobowiązał się do wykonania od 9 do 33 dezynfekcji. Wykonawca AWIMA S.j. B. W. zaś na kwotę od 320,13 do 3.214,15 zł, co oznacza od 46 do 468 dezynfekcji.)

Należy więc zadać sobie pytanie, jaki jest koszt wykonania takiej dezynfekcji po stronie wykonawcy. Odpowiedź na to pytanie nie została udzielona Zamawiającemu przez Przystępującego na wezwanie do wyjaśnień, jak też podczas postępowania odwoławczego. Niewątpliwie jednak jest on większy niż ww. 9 – 25 złotych za stację. Tym samym każde zlecenie takiej dezynfekcji przez Zamawiającego będzie powodowało po stronie Przystępującego koszty, które nie zostaną pokryte z ceny usługi płaconej przez Zamawiającego. Oczywiście nie ma to znaczenia ekonomicznego przy założeniu, że Zamawiający nie będzie takiej usługi zlecał w ogóle albo zleci ją jedynie w jednostkowych sytuacjach – w takim wypadku strata finansowa zostanie pokryta z przychodów z pozostałych usług w ramach wskazanych 48.621.084 zł.

Jednak ma to znaczenie z prawnego punktu widzenia – po pierwsze bowiem koszt przedmiotowej usługi powinien być pokrywany z ceny ofertowej dotyczącej tej usługi, a nie innych usług. Po drugie zobowiązanie umowne wykonawcy obejmuje od 6.000 do ponad 16.000 usług tego typu, więc Zamawiający ma prawo tyle usług tego typu zamówić i nie można czynić założenia, że na pewno ich nie zamówi i w oparciu o to założenie formułować oferty. Każde zaś zlecenie w tym zakresie powoduje niedoszacowanie oferty Przystępującego i jego stratę, która – w razie wielu zleceń – może być liczona nawet w milionach złotych. Ewentualnie, odmowę jej wykonania i spór z Zamawiającym lub, dla pomniejszenia strat, konieczność ograniczania kosztów wykonania usługi, a w konsekwencji świadczenie usługi gorszej jakości.

Należy też zwrócić uwagę, że wykonawca w danym elemencie usługi nie musi upatrywać źródła zysku, ale nie może on też stanowić źródła (potencjalnie dużej albo nieokreślonej) straty.

Tym samym, w ocenie Izby, nie można jedynie ograniczyć się do stwierdzenia, że chodzi o wartość 150.000 złotych, co stanowi jedynie 0,003 % ceny oferty, zatem nie została spełniona przesłanka istotności części składowej, o której mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych („Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.”).

Ma też rację Odwołujący, że w podpunkcie 24.11 specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający wyraźnie wskazał, że za istotne części składowe ceny, o których mowa w pkt 24.7 należy uznać poszczególne ceny jednostkowe określone w formularzach cenowych załączonych do oferty – a więc w konsekwencji te istotne części składowe, o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do którego podpunkt 24.7 się odnosi. Podobnie w wezwaniu do wyjaśnień z 26 listopada 2021 r. Zamawiający powołał się na ww. postanowienia podpunktów 24.7 i 24.11 specyfikacji warunków zamówienia, a tym samym podtrzymał swoje wcześniejsze postanowienie, że kwestionowane przez Odwołującego pozycje „codzienna dezynfekcja stacji”, „dezynfekcja stacji na zlecenie” i „serwis WC” są uznawane przez niego za istotne części składowe. Zatem obecna zmiana stanowiska w postępowaniu odwoławczym przeczy zasadzie przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o której mowa w art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych i nie może być zaakceptowana przez Izbę. Należy przy tym zwrócić uwagę, że przy tych pozycjach, których wartość nie została ograniczona przez Zamawiającego, jak w przypadku „dezynfekcji stacji na zlecenie”, takie podejście powoduje paradoks, gdyż im niższa wycena pozycji przez wykonawcę (a więc będąca podstawą do powzięcia wątpliwości, czy nie zaistniała cena rażąco niska), tym mniejsza „istotność” tej pozycji w stosunku do ceny całkowitej, czyli brak podstaw do negocjowania tej pozycji ze względu na jej znikomość i „nieistotność”.

Zgodnie z podpunktem 16.3.1 specyfikacji warunków zamówienia oferta obejmuje formularz oferty oraz formularze „Wykaz usług porządkowych i kosztów ich wykonania...” (formularze cenowe), sporządzone według wzorów stanowiących załączniki do specyfikacji technicznej. Również w punkcie 22.7 specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający powtórzył, że wykonawca zobowiązany jest wskazać ceny jednostkowe realizacji usług w załączonych do

oferty formularzach cenowych sporządzonych wg wzorów stanowiących załączniki nr 1a i 2a do specyfikacji technicznej.

Jak wskazano powyżej, skoro dana usługa jest częścią zamówienia podlegającą wycenie, to powinna zostać wyceniona w sposób rzetelny i realny. Jak wskazał Zamawiający w punkcie 22.5 specyfikacji warunków zamówienia, cena musi uwzględniać wszystkie wymagania specyfikacji warunków zamówienia oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia. Powyższe odnosi się do ceny całkowitej oferty, ale, w ocenie Izby, zasadę tę należy odnieść także do cen jednostkowych, nawet jeśli nie zostało to wyrażone *expressis verbis*.

Sposób wyceny oferty został określony w formularzach cenowych, które wskazywały na zakresy poszczególnych usług, przy czym dany zakres opisany w danej pozycji tabeli należało wycenić w tej pozycji -takie bowiem było założenie specyfikacji warunków zamówienia. Skoro usługa „dezynfekcji na zlecenie” nie została prawidłowo wyceniona w pozycjach jej przypisanych w formularzu „WYKAZ USŁUG PORZĄDKOWYCH I KOSZTÓW ICH WYKONANIA zgodnie z Wykazem Usług Porządkowych i Jednostkowych Kosztów Ich Wykonania na stacjach od A01 do A23 (Załącznik Nr 2a) oraz Technologii Utrzymania Czystości (Załącznik Nr 3a), ZADANIE NR 1, OPCJA NR 4 DEZYNFEKCJA STACJI NA ZLECENIE, Jednorazowy koszt dezynfekcji podłóg i ścian stacji metra” – a prawidłowość tej wyceny nie została wykazana przez Przystępującego – to wycena ta jest tym samym błędna, niezgodna z wymogami specyfikacji warunków zamówienia.

W związku z powyższym Izba nakazała Zamawiającemu odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W pozostałym zakresie zarzut nie potwierdził się.

Jeśli chodzi o wycenę usługi „Serwis od godz. 06:00 do 22:00 WC publiczne”, to pismem z 26 listopada 2021 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnień również w tym zakresie. W wezwaniu wskazał, że podane w wykazach usług ceny za usługi w pozycjach X.5.3 zostały wycenione, w zależności od stacji, od 1.330 zł do 1.944 zł za 1 zmianę za 1 miesiąc. Na koszt usługi składa się wynagrodzenie pracownika, materiały do sprzątnięcia i wyposażenie toalet (ręczniki papierowe, mydło, papier toaletowy, podkłady higieniczne). Koszty pracodawcy związane z samym wynagrodzeniem pracownika na jeden etat wynoszą około 3.626,00 zł, w związku z czym realizacja przedmiotowej usługi nie wydaje się możliwa za cenę wskazaną w ofercie.

Przystępujący w wyjaśnieniach z 3 grudnia 2021 r. w treści samego pisma zawarł jedynie bardzo ogólne informacje – opisane w zarzucie 1., natomiast informacje zawarte w załącznikach – „dowodach” (odniesienie do treści poszczególnych załączników również

zostało zawarte w uzasadnieniu zarzutu 1.) stanowią po prostu zbiór danych, które jednak nie zostały opracowane w sposób, który można by uznać za wyjaśniający tę kwestię i prowadzący do poznania realnych podstaw wyceny tego zakresu usługi (np. które konkretnie pozycje z dowodu nr 8b i w jakiej ilości wycenił, na jakiej podstawie przyjął dane zużycie środków higienicznych, osoby o jakim stopniu niepełnosprawności zamierza zatrudnić itd.).

Również ze stanowiska Zamawiającego wynika, że choć zaakceptował te wyjaśnienia i uznał je za „spójne, logiczne i wiarygodne”, to w istocie nie wie on, czy przedmiotowa usługa została wyceniona prawidłowo – a przynajmniej takowej wiedzy w postępowaniu odwoławczym nie wykazał.

Ponieważ jednak wyjaśnienia zostały udzielone, to w przedmiotowym zakresie można by je było kontynuować zadając Przystępującemu konkretne pytania lub wskazując na konkretny sposób/metodę/wzór, w jaki ma swoje wyjaśnienia sformułować tak, aby były one zrozumiałe i rzeczywiście wyjaśniające przedmiotowe zagadnienie. Dlatego na obecnym etapie postępowania Izba nie uznała powyższego za podstawę do odrzucenia oferty Przystępującego.

Co do zarzutu nieprawidłowego sposobu wypełnienia załącznika nr 2a do specyfikacji technicznej „Wykaz usług porządkowych i jednostkowych kosztów wykonania” Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się.

Odwołujący stwierdził, że w zakres tej usługi wchodziły czynności wykonywane 1 raz dziennie, 2 lub 4, lub 8, lub 20 razy w miesiącu, a także serwis całodobowy i serwis w WC publicznym, które to czynności zostały rozpisane w poszczególnych tabelach i pozycjach tych tabel. Przystępujący w poszczególnych pozycjach tabel zaoferował jednakowe ceny jednostkowe, a tym samym usługa, która jest wykonywana raz dziennie kosztuje tyle samo co usługa wykonywana raz w miesiącu czy usługa zapewnienia serwisu w toalecie. Zdaniem Odwołującego usługa wykonywana raz w miesiącu nie może kosztować tyle samo co usługa codzienna. Z kolei, zdaniem Zamawiającego i Przystępującego, takie ujednoczenia cen jednostkowych nie były zabronione przez specyfikację warunków zamówienia, zatem są dopuszczalnym sposobem wyceny i stosowanym przez wykonawców.

Ze względu na to, że argumentacja dotycząca popełnienia przez Przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji znalazła się w punkcie 2.3 odwołania, Izba wnioskuje, że zarzut ten dotyczy jedynie nieprawidłowego sposobu wypełnienia załącznika nr 2a do specyfikacji technicznej „Wykaz usług porządkowych i jednostkowych kosztów wykonania”.

W ocenie Izby sam fakt, że Przystępujący zastosował jednakowe, ujednoczone stawki/ceny jednostkowe, nie stanowi powodu do odrzucenia jego oferty czy to jako niezgodnej z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia, czy zawierającej rażąco niską cenę za poszczególne pozycje, czy też stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji.

Stawiając taki zarzut Odwołujący ograniczył się do stwierdzenia, że tak nie powinno być, gdyż usługa wykonywana raz dziennie nie może kosztować tyle samo, co usługa wykonywana raz w miesiącu, a zaproponowana cena nie jest adekwatna do zakresu prac wymaganych przez Zamawiającego. Podobnie, zarzucając Przystępującemu popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji, przywołał jedynie art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ogólne stwierdzenie o wadliwej kalkulacji wynagrodzenia i zagrożeniu interesu innych przedsiębiorców.

Jednak, w ocenie Izby, same takie ogólne stwierdzenia nie wystarczą i Odwołujący powinien wykazać wyliczeniami, że dane pozycje rozliczeniowe rzeczywiście nie pokrywają kosztów wykonania danej pozycji, która służy do rozliczeń z Zamawiającym lub koszty wykonania danej części usługi zostały w sposób nieuprawniony przeniesione do pozycji, która powinna służyć wycenie innego zakresu usług (co jest niezgodne z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia) – a także, w jaki konkretny sposób takie działanie narusza interesy Zamawiającego i innych przedsiębiorców i jak inne rozpisanie proporcji kosztów pomiędzy poszczególne pozycje wpłynęłoby na wycenę i sytuację oferty Przystępującego. Samo ogólnikowe wskazanie, że grozi to nienależytym wykonaniem zamówienia jest daleko niewystarczające.

Należy tu podkreślić, że w tym wypadku Odwołujący dysponował pełnymi danymi wynikającymi z oferty, ponieważ nieujawnione wyjaśnienia z 3 grudnia 2021 r. nie dotyczyły tej kwestii, zatem miał pełną możliwość formułowania zarzutów.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2, § 5, § 7 ust. 2-6 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).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy i usługi o wartości równej progom unijnym lub przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 15.000 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę i wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3.600 złotych.

Z kolei § 7 ust. 2-6 rozporządzenia stanowi, że w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponosi odwołujący i zamawiający, a Izba może podzielić wpis stosunkowo, w tym uwzględniając proporcje i wagę zarzutów. Tym samym, pomimo że Izba nie uwzględniła zarzutów odwołania w całości, ze względu na wagę zarzutów uwzględnionych i ich skutek dla kwestionowanej oferty, całością kosztów obciążyła Zamawiającego – istotny jest bowiem sam skutek w postaci odrzucenia oferty Przystępującego, a nie liczba powodów, dla których ta oferta podlegała odrzuceniu.

W związku z powyższym Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18.600 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu (15.000 złotych) i wynagrodzenia pełnomocnika (3.600 złotych).

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: