

WYROK

Warszawa, dnia 12 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 marca 2024 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 22 lutego 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hospital Service sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Optima Cleaning sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Facility Services sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w sprawie o sygn. akt KIO 584/24;

B. w dniu 22 lutego 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ever Medical Care sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Ever Cleaning sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Everteam sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w sprawie o sygn. akt KIO 585/24;

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Wojewódzki Specjalistyczny Szpital im. dr Wł. Biegańskiego w Łodzi

przy udziale:

1. uczestników po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt 584/24:

A. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Fudeko S.A. z siedzibą w Gdyni, Fudeko Med sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni;

B. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ever Medical Care sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Ever Cleaning sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Everteam sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;

2. uczestników po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt 585/24:

A. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Fudeko S.A. z siedzibą w Gdyni, Fudeko Med sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni;

orzeka:

1. odrzuca odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 584/24 w zakresie zarzutu nr 3 odwołania dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 18 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 wraz ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 poz. 1233) i odrzuca odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 585/24 w zakresie zarzutu nr 2 odwołania dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233) w związku z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp;

2. w pozostałym zakresie oddala odwołania w sprawach o sygn. akt: KIO 584/24, KIO 585/24;

3. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hospital Service sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Optima Cleaning sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Facility Services sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w sprawie o sygn. akt KIO 584/24 i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ever Medical Care sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Ever Cleaning sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Everteam sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w sprawie o sygn. akt KIO 585/24 i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hospital Service sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Optima Cleaning sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Facility Services sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w sprawie o sygn. akt KIO 584/24 i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ever Medical Care sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Ever Cleaning sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Everteam sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w sprawie o sygn. akt KIO 585/24 – tytułem wpisów od odwołań.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodniczący.....

Sygn. akt: KIO 584/22, 585/24

Uzasadnienie

KIO 584/24

KIO 585/24

Zamawiający: Wojewódzki Specjalistyczny Szpital im. dr Wł. Biegańskiego w Łodzi wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: Usługa kompleksowego utrzymania czystości w szpitalu wraz z usługami wykonywanymi przez sanitariuszy oraz transportem wewnętrznym. (znak postępowania: ZP 45/23).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej - Dz.U. S: 250/2023 pod numerem 00792988-2023 z dnia 28.12.2023 r.

Zamawiający w dniu 12 lutego 2024 r. opublikował i przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Fudeko S.A. z siedzibą w Gdyni, Fudeko Med sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni.

KIO 584/24

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Hospital Service sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Optima Cleaning sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Facility Services sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w dniu 22 lutego 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp lub Ustawą w zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania wybranego wykonawcy i wykonawcy sklasyfikowanego na drugiej pozycji (dalej drugiego wykonawcy) do wyjaśnienia sposobu kalkulacji istotnych składowych ceny tj. ceny całkowitej netto za utrzymanie czystości wskazanych przez ww. wykonawców w załączniku nr 2 do SWZ „Kalkulacja kosztów miesięcznych”, tabela I, pod pozycją utrzymanie czystości w strefie I, II, III – RAZEM wartość netto - mimo, że w odniesieniu do ww. ceny zachodzą uzasadnione wątpliwości co do jej realnego charakteru i uwzględnienia wszystkich kosztów. Ceny wskazane przez ww. wykonawców w załączniku nr 2 do SWZ „Kalkulacja kosztów miesięcznych”, tabela I, w

pozycjach utrzymanie czystości w strefie I, II, III, a tym samym ich łączna wartość nie pokrywają wynikających z treści dokumentów zamówienia kosztów minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę wynikających z wymogów co do etatyżacji określonych w dokumentach zamówienia a tym bardziej dodatkowych elementów cenotwórczych i tym samym budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia;

2. art. 224 ust. 1 i 223 ust. 1 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania wybranego wykonawcy i drugiego wykonawcy do udzielenia wyjaśnień dotyczących podstaw, przyczyn oraz zgodności z prawem występującej w cenach ww. wykonawców proporcji pomiędzy ceną za wykonanie usług wskazanych w załączniku nr 2 do SWZ „Kalkulacja kosztów miesięcznych”, tabela I tj. cenami obłożonymi stawką podatku VAT 23% a ceną wskazaną w załączniku nr 2 do SWZ „Kalkulacja kosztów miesięcznych”, tabela II, pozycja czynności wykonywane przez sanitariuszy, w tym wewnętrzny transport medyczny tj. ceną za usługi, do których znajduje zastosowanie zwolnione z VAT, celem wykluczenia podstaw do odrzucenia oferty ww. wykonawców jako zawierających rażąco niską cenę lub manipulację cenową, polegającą na kreowaniu ceny:

a) w oparciu o znacznie zaniżone koszty usług utrzymania czystości w strefie I,II, III, objęte stawką podatku VAT 23% tj. w oparciu o cenę, która nie pokrywa realnych kosztów i nie zawiera zysku, lecz zawierają znaczną stratę oraz

b) w oparciu o znacznie zawyżone ceny za usługi: czynności wykonywane przez sanitariuszy, w tym wewnętrzny transport medyczny” objęte zwolnieniem z podatku VAT, na które to usługi przerzucono większą część kosztów usług utrzymania czystości w strefie I,II, III; i zaoferowaniu przez ww. wykonawców ofert z rażąco niską ceną lub ofert stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji;

3. art. 18 ust. 2 i 3 Ustawy w związku z art. 11 ust. 2 z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 poz. 1233) poprzez zaniechania odtajnienia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny ofertowej złożonych przez wybranego wykonawcę:

a) opisu świadczenia usługi wraz z załącznikami;

b) oświadczenia podmiotu odpowiedzialnego za zabezpieczenia informatyczne w przedsiębiorstwie wykonawcy;

c) wyjaśnień złożonych na wezwanie Zamawiającego z dn. 07.02.2024 r. (pismo Zamawiającego br WSSz-NZP-46/24);

4. art. 239 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez:

a) przedwczesny wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wybranego wykonawcę i drugiego wykonawcę;

b) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej sprzecznie z przepisami Ustawy.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie i uchylenie czynności wyboru ofert najkorzystniejszej;
2. ponowne badanie i ocenę ofert złożonych w postępowaniu;
3. odtajnienie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji i dokumentów oraz wyjaśnień zastrzeżonych przez wybranego wykonawcę;
4. wezwanie wybranego wykonawcy i drugiego wykonawcy do:
 - a. wyjaśnienia sposobu kalkulacji istotnych składowych ceny tj. ceny za utrzymanie czystości w strefie I, II i III zaoferowanych przez ww. wykonawców wskazanych w załączniku nr 2 do SWZ „Kalkulacja kosztów miesięcznych”, tabela I, w pozycjach utrzymanie czystości w strefie I, II, III, w tym w szczególności wyjaśnienie czy w obliczeniu ww. ceny ww. wykonawcy uwzględnili i w jakiej wysokości uwzględnili:
 - i. koszty płac osób wyznaczonych do realizacji poszczególnych usług;
 - ii. koszty wyposażenia osób realizujących zamówienie w odzież roboczą i odzież ochronną w rozbiciu na poszczególne usługi;
 - iii. koszty szkoleń, badań, szczepień i ewentualnego postępowania poekspozycyjnego dla osób wyznaczonych do realizacji poszczególnych usług;
 - iv. koszty środków, preparatów chemicznych, dezynfekcyjnych, higienicznych oraz worków na odpady niezbędnych do wykonania poszczególnych usług;
 - v. koszty sprzętu i narzędzi niezbędnych do wykonania poszczególnych usług;
 - vi. koszty wyposażenia poszczególnych komórek szpitala w dozowniki, podajniki, kosze, stelaże, szczotki wskazane w SWZ;
 - vii. koszty wdrożenia programu monitorującego poziom higieny szpitalnej oraz przedstawienia przez ww. wykonawców dowodów potwierdzających, że zaoferowana przez nich cena jest rynkowa i zapewnia wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia;
 - b) wyjaśnienia podstaw, przyczyn oraz zgodności z prawem występującej w cenie ofertowej ww. wykonawców proporcji pomiędzy ceną za wykonanie usług wskazanych w załączniku nr 2 do SWZ „Kalkulacja kosztów miesięcznych”, tabela I a ceną wskazaną w załączniku nr 2 do SWZ „Kalkulacja kosztów miesięcznych”, tabela II, pozycja czynności wykonywane przez sanitariuszy, w tym wewnętrzny transport medyczny
 - c) wyjaśnienie, czy ww. wykonawcy nie dokonali manipulacji (inżynierii) cenowej pomiędzy ceną zaoferowanymi w załączniku nr 2 do SWZ „Kalkulacja kosztów miesięcznych”, tabela I i ceną wskazaną w załączniku nr 2 do SWZ „Kalkulacja kosztów miesięcznych”, tabela II, pozycja czynności wykonywane przez sanitariuszy, w tym wewnętrzny transport medyczny, w tym w szczególności wezwanie do wyliczenia kosztów składających się po poszczególne usługi obejmujące co najmniej przedstawienie kalkulacji:

i. kosztów płac osób wyznaczonych do realizacji zamówienia oddzielnie dla usług wycenionych w załączniku nr 2 do SWZ „Kalkulacja kosztów miesięcznych”, tabela I i cen wskazanych w załączniku nr 2 do SWZ „Kalkulacja kosztów miesięcznych”, tabela II, pozycja czynności wykonywane przez sanitariuszy, w tym wewnętrzny transport medyczny

ii. kosztów wyposażenia osób realizujących zamówienie w odzież roboczą i odzież ochronną oddzielnie dla usług do których wykonawca zastosował stawkę podatku VAT 23% i oddzielnie dla usług wycenionych w załączniku nr 2 do SWZ „Kalkulacja kosztów miesięcznych”, tabela I i cen wskazanych w załączniku nr 2 do SWZ „Kalkulacja kosztów miesięcznych”, tabela II pozycja czynności wykonywane przez sanitariuszy, w tym wewnętrzny transport medyczny ,

iii. kosztów szkoleń, badań, szczepień i ewentualnego postępowania poekspozycyjnego dla osób wyznaczonych do realizacji poszczególnych usługi oddzielnie dla usług wycenionych w załączniku nr 2 do SWZ „Kalkulacja kosztów miesięcznych”, tabela I i cen wskazanych w załączniku nr 2 do SWZ „Kalkulacja kosztów miesięcznych”, tabela II, pozycja czynności wykonywane przez sanitariuszy, w tym wewnętrzny transport medyczny

iv. kosztów środków, preparatów chemicznych, dezynfekcyjnych, higienicznych oraz worków na odpady, niezbędnych do wykonania zamówienia, oddzielnie dla usług, wycenionych w załączniku nr 2 do SWZ „Kalkulacja kosztów miesięcznych”, tabela I i cen wskazanych w załączniku nr 2 do SWZ „Kalkulacja kosztów miesięcznych”, tabela II, pozycja czynności wykonywane przez sanitariuszy, w tym wewnętrzny transport medyczny

v. kosztów sprzętu i narzędzi niezbędnych do wykonania poszczególnych zamówienia oddzielnie dla usług, do których wykonawca zastosował stawkę podatku VAT 23% i oddzielnie dla usług, wycenionych w załączniku nr 2 do SWZ „Kalkulacja kosztów miesięcznych”, tabela I i cen wskazanych w załączniku nr 2 do SWZ „Kalkulacja kosztów miesięcznych”, tabela II, pozycja czynności wykonywane przez sanitariuszy, w tym wewnętrzny transport medyczny

vi. kosztów wyposażenia poszczególnych komórek szpitala w wyposażenia poszczególnych komórek szpitala w dozowniki, podajniki, kosze, stelaże, szczotki wskazane w SWZ oddzielnie dla usług, wycenionych w załączniku nr 2 do SWZ „Kalkulacja kosztów miesięcznych”, tabela I i cen wskazanych w załączniku nr 2 do SWZ „Kalkulacja kosztów miesięcznych”, tabela II, pozycja czynności wykonywane przez sanitariuszy, w tym wewnętrzny transport medyczny

vii. kosztów wdrożenia programu monitorującego poziom higieny szpitalnej oddzielnie dla usług, do których wykonawca zastosował stawkę podatku VAT 23% i oddzielnie dla usług, wycenionych w załączniku nr 2 do SWZ „Kalkulacja kosztów miesięcznych”, tabela I i cen wskazanych w załączniku nr 2 do SWZ „Kalkulacja kosztów miesięcznych”, tabela II, pozycja czynności wykonywane przez sanitariuszy, w tym wewnętrzny transport medyczny.

5. odrzucenia ofert wybranego wykonawcy i drugiego wykonawcy o ile wyjaśnienia ww. wykonawców wykażą, że ich oferty zawierają rażąco niską cenę; są niezgodne z warunkami zamówienia lub stanowią czyn nieuczciwej konkurencji;

6. nakazanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

1. Zaniechania wezwanie do wyjaśnień sposobu kalkulacji istotnych składowych ceny.

Zdaniem Odwołującego - cena całkowita netto, za utrzymanie czystości w strefie I,II i III (dalej cena za utrzymanie czystości) zaoferowana przez wybranego i drugiego wykonawcę w tabeli pierwszej Kalkulacji kosztów miesięcznych sporządzonej zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ nie pokrywa minimalnych kosztów niezbędnych do wykonania zamówienia.

Zwrócił uwagę, że wartość ww. minimalnych kosztów niezbędnych do wykonania ww. utrzymania czystości wynika z wymagań co do narzuconej w SWZ etatyzacji 75,12 ilości godzin wykonywania usługi 12 620,12 (załącznik nr 9, tabela nr 1, str.4/5) oraz przepisów prawa regulujących np. koszt wysokości minimalnych wynagrodzeń za pracę.

W związku z powyższym – według Odwołującego - wartość ww. kosztów nie jest kwotą obliczoną na podstawie własnego pomysłu Odwołującego, ale kwotą, która wynika bezpośrednio z wymogów postawionych w dokumentach zamówienia. Wynikająca z dokumentów zamówienia kwota, którą wykonawca musi przeznaczyć na koszty wykonania ww. utrzymania czystości pokazuje, że cena zaoferowane przez wybranego i drugiego wykonawcę nie pokrywa kosztów wykonania usługi.

Odwołujący podniósł, że cena całkowita netto, za utrzymanie czystości w strefie I,II i III zaoferowana zarówno przez wybranego jak i drugiego wykonawcę nie pokrywa, podstawowych kosztów wykonania ww. czynności, którym są:

- a) koszty płac osób wyznaczonych do realizacji poszczególnych usług;
- b) koszty wyposażenia osób realizujących zamówienie w odzież roboczą i odzież ochronną w rozbiciu na poszczególne usługi;
- c) koszty szkoleń, badań, szczepień i ewentualnego postępowania poekspozycyjnego dla osób wyznaczonych do realizacji poszczególnych usług;
- d) koszty środków, preparatów chemicznych, dezynfekcyjnych, higienicznych oraz worków na odpady niezbędnych do wykonania poszczególnych usług;

- e) koszty sprzętu i narzędzi niezbędnych do wykonania poszczególnych usług;
- f) koszty wyposażenia poszczególnych komórek szpitala w dozowniki, podajniki, kosze, stelaże, szczotki wskazane w SWZ.
- g) koszty wdrożenia programu monitorującego poziom higieny szpitalnej

Na potrzeby niniejszego odwołania i wyłącznie w celu sprawdzenia wyliczenia ww. ceny za utrzymanie czystości zaoferowanych przez wybranego i drugiego wykonawcę, Odwołujący w załączeniu do niniejszego odwołania przedstawił kalkulację własną, podkreślając, że do sporządzenia ww. kalkulacji przyjął, że osoby realizujące zamówienie będą zatrudniane wg stawek minimalnych.

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

W opinii Odwołującego - bezspornym jest, że zgodnie z art. 224 ust. 1 Ustawy istotne części składowe ceny, którą wykonawcy proponują za realizację zamówienia publicznego, muszą być rynkową i nie nosić znamion ceny rażąco niskiej. Okoliczność ta powinna wynikać wprost z oferty a jeśli jest taka potrzeba z dodatkowych wyjaśnień złożonych przez wykonawcę. Czynniki i składowe ceny wykonawcy winny zawsze znaleźć odniesienie do opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SWZ. Sprawdzenie wyceny oferty wykonawcy dokonywane przez Zamawiającego powinno mieć charakter wiarygodnej i rzetelnej analizy, znajdującej potwierdzenie w obowiązujących przepisach prawa, powszechnie znanych faktach lub dodatkowo dowodach przedstawionych przez wykonawcę.

Odwołujący zaznaczył również, że koszty realizacji zamówienia oprócz minimalnego wynagrodzenia, powinny uwzględniać również koszty pochodne płac (ZUS, ekwiwalent BHP, dodatki za pracę w godzinach nocnych, zastępstwa urlopowe i chorobowe), koszty wyposażenia osób realizujących zamówienie w odzież roboczą i odzież ochronną, koszty szkoleń, badań, szczepień i ewentualnego postępowania poekspozycyjnego, koszty środków, preparatów chemicznych, dezynfekcyjnych, higienicznych oraz worków na odpady, koszty sprzętu i narzędzi, koszty wyposażenia poszczególnych komórek szpitala w dozowniki, podajniki, kosze, stelaże, szczotki, koszty wdrożenia programu monitorującego poziom higieny szpitalnej. Cena

ofertowa, po odjęciu kosztów zatrudnienia wynikających z zatrudnienia pracowników wg stawek minimalnych zgodnych z dozwoloną w postępowaniu formą zatrudnienia, powinna pozostawiać racjonalny, rzetelny i bezpieczny zapas.

Zdaniem Odwołującego - ceny za utrzymanie czystości zaoferowane przez obu ww. wykonawców nie tylko nie mają ww. zapasu, ale przede wszystkim wykazują stratę - nie pokrywają już kosztów płac kadr wymaganych zgodnie z SWZ do realizacji ww. czynności.

Mając na uwadze powyższe wstępne ustalenia Odwołujący przedstawił – w jego opinii - w załączniku wymogi kosztowe zamówienia wynikające z SWZ oraz kalkulację cenową dla tabeli I załącznika na 2 do SWZ pozycje utrzymanie czystości w strefie I, II i III- wartość netto razem sporządzoną w oparciu o ww. wymogi i minimalne stawki wynagrodzeń oraz oświadczenia złożone przez wybranego i drugiego wykonawcę w ofercie.

Odwołujący podkreślił, że ww. kalkulację sporządził w odniesieniu do minimalnych, aktualnie obowiązujących w postępowaniu stawek wynagrodzenia.

Odwołujący zastrzegł również, że poniższa kalkulacja nie jest jego własnym pomysłem na organizację usługi, a jest sprawdzeniem ceny ofertowej wybranego wykonawcy polegającym na zestawieniu minimalnych kosztów wykonania zamówienia (kosztów pracy) przy uwzględnieniu wymogów SWZ.

Odwołujący stwierdził, że z jego wyliczeń wynika wprost, że suma samych tylko miesięcznych kosztów pracy, wyliczona od minimalnego wynagrodzenia, obowiązującego do 30.06.2024 roku dla czynności utrzymania czystości w strefie I, II i III, których wartość Wykonawca miał obowiązek wskazać w Załączniku nr 2 do SWZ, kalkulacja kosztów miesięcznych, tabela I wiersze „utrzymanie czystości w strefie I, II i III”, wynosi 382 435,92 zł.

Wskazał przy tym, że jest to wartość prawie trzykrotnie wyższa, niż wartość netto za przedmiotowe usługi zaoferowana przez wybranego wykonawcę 128 342,51 i przeszło czterokrotnie wyższą od wartości zaoferowanej przez drugiego wykonawcę, 87 479,36.

Wobec powyższego, z uwagi na stan faktyczny sprawy w postępowaniu istnieją poważne wątpliwości co do możliwości i prawdziwego zamiaru realizacji zamówienia na warunkach zaoferowanych przez wybranego i drugiego wykonawcę w ofercie.

Według Odwołującego - cena za utrzymanie czystości w strefie I, II i III, zaoferowana przez wybranego i drugiego wykonawcę w tabeli pierwszej Kalkulacji kosztów miesięcznych sporządzonej zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ jest nieracjonalna i zaniżona, gdyż koszt wykonania ww. usług został ustalony w odniesieniu do nierzeczywistych kosztów realizacji ww. usług i nie pokrywa minimalnych kosztów pracy oraz innych kosztów, które wykonawca zobowiązany jest ponosić zgodnie z obowiązującymi przepisami i postanowieniami dokumentów zamówienia.

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący wskazał, że koszt wykonania zamówienia, nie może być wytłumaczony przez wybranego i drugiego wykonawcę otrzymywanym dofinansowaniem do wynagrodzenia pracowników niepełnosprawnych. Zadeklarowanie otrzymywania ww. dofinansowania w żaden sposób nie oznacza, że pomoc publiczna została przyznana wybranemu lub drugiemu wykonawcy do realizacji niniejszego zamówienia.

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

Mając powyższe na uwadze Odwołujący podniósł, że oferta wybranego i drugiego wykonawcy nie zawiera danych, pozwalających przyjąć, że ww. wykonawca zastosował szczególnie oszczędne metody wykonania zamówienia, specyficzne rozwiązania techniczne, lub, że znajduje się w wyjątkowo sprzyjających warunkach wykonywania zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż cena za usługi utrzymania czystości zaproponowana przez wybranego i drugiego wykonawcę, nie pokrywa podstawowego kosztu wykonania tychże usług tj. kosztów pracy.

Kalkulacja przedstawiona przez Odwołującego – w jego przekonaniu - dowodzi, że obliczając ww. wartość nie jest możliwe osiągnięcie ceny na poziomie zbliżonym do ceny zaoferowanej przez wybranego i drugiego wykonawcę.

Odwołujący podkreślił, że powyższe dane i załączona do odwołania kalkulacja jednoznacznie wskazują, że cena za utrzymanie czystości w strefie I, II i III zaoferowana przez wybranego i drugiego wykonawcę – przy zachowaniu wszystkich warunków przewidzianych w SWZ – jest niemożliwa do osiągnięcia, a tym samym stanowi cenę rażąco niską w rozumieniu przepisów Ustawy.

Jakkolwiek w przepisach Ustawy brak jest legalnej definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, tym niemniej z bogatego oraz ugruntowanego orzecznictwa KIO jednoznacznie wynika, iż jako cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia należy rozumieć cenę odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, która nie jest uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat finansowych, zamówienie to wykonać. Innymi słowy, cena rażąco niska to cena nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów. Tym samym nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.

Odwołujący zarzucił, że wybrany i drugi Wykonawca w zaproponował cenę niepokrywającą wszystkich kosztów wykonania zamówienia wynikających z SWZ.

Zdaniem Odwołującego - kalkulacja wynagrodzenia oferty wybranego i drugiego wykonawcy na zaoferowanym poziomie budzi podejrzenie, że doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003r. nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Przepis ten stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Ponadto działaniem

spełniającym przesłanki uznania danego działania przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Jeżeli działania podejmowane przez przedsiębiorcę nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.

Podsumowując ten zarzut stwierdził, że pomimo istnienia ww. uzasadnionych podejrzeń Zamawiający zaniechał wezwania ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Ustawy.

2. Zaniechanie wezwania do wyjaśnień dotyczących manipulacji cenowej.

Wyjaśnił, że wybrany wykonawca i drugi wykonawca złożyli w postępowaniu oferty, w których zgodnie z wymogami Załącznika nr 2 do SWZ podali swoje ceny w rozbiciu na koszty kalkulowane na podstawie ilości metrów utrzymania czystości i koszty pozostałych usług.

Zwrócił uwagę, że wymogi dotyczące sposobu realizacji zamówienia, w tym także wymogi co do etatyżacji zostały szczegółowo opisane w SWZ. (Załącznik nr 9 do SWZ). Pozostałe koszty realizacji zamówienia wynikają z Załączników nr 8, 10-14 do SWZ.

Zauważył również, że zgodnie z wymogami SWZ wykonawcy zobowiązani byli podać w kalkulacji kosztów miesięcznych (Załącznik nr 2 do SWZ) cenę w rozbiciu na:

a) koszty kalkulowane na podstawie ilości metrów utrzymania czystości przy wyodrębnieniu:

- i. ceny jednostkowej netto za 1 m²
- ii. wartości netto;
- iii. VAT (%);
- iv. wartości brutto

W rozbiciu na:

utrzymanie czystości w strefie I
utrzymanie czystości w strefie II
utrzymanie czystości w strefie III

b) koszty pozostałych usług przy wyodrębnieniu:

- i. ryczałtowej wartości netto;

- ii. stawki VAT (%);
- iii. ryczałtowej wartości brutto

w rozbiciu na:

czynności wykonywane przez sanitariuszy, w tym wewnętrzny transport medyczny transport wewnętrzny.

Dalej, wskazał, że Ceny netto zaoferowane przez wybranego wykonawcę i drugiego wykonawcę wynoszą:

a) wybrany wykonawca za:

- i. utrzymanie czystości w strefach I, II, III : 128 342,51 zł. netto
- ii. czynności wykonywane przez sanitariuszy, w tym wewnętrzny transport medyczny: 644 164,06 zł. netto
- iii. transport wewnętrzny: 53 400, zł. netto

b) drugi wykonawca za:

- i. utrzymanie czystości w strefach I, II, III : 87 479,36 zł. netto
- ii. czynności wykonywane przez sanitariuszy, w tym wewnętrzny transport medyczny: 738 504,80 zł. netto
- iii. transport wewnętrzny: 48 900,00 zł. netto

Według Odwołującego - przedstawione powyżej ceny charakteryzują się nietypową wartością dla usług wyodrębnionych w tabeli I i tabeli II, wiersz pierwszy Kalkulacji kosztów miesięcznych (Załącznik nr 2 do SWZ).

Wskazał, że cena zaoferowana przez wybranego wykonawcę i drugiego wykonawcę za utrzymanie czystości w strefie I, II i III wskazana w tabeli pierwszej Kalkulacji kosztów miesięcznych (Załącznik nr 2 do SWZ) miesięcznych jest wielokrotnie niższa niż cena za usługi wskazane w tabeli drugiej Kalkulacji kosztów miesięcznych, pozycja czynności wykonywane przez sanitariuszy, w tym wewnętrzny transport medyczny (Załącznik nr 2 do SWZ). Cena za utrzymanie czystości stanowi zaledwie 15,54% ceny całkowitej zaoferowanej przez wybranego wykonawcę. W przypadku drugiego wykonawcy cena za utrzymanie czystości stanowi tylko 10% zaoferowanej przez niego ceny całkowitej.

Zdaniem Odwołującego - tego rodzaju proporcja jest nietypowa dla usług objętych zamówieniem.

W kontekście powyższego Odwołujący wskazał, iż wymagane przez Zamawiającego 75,12 etatów do realizacji usług utrzymania czystości w strefie I,II i III stanowi 77%

wszystkich wymaganych i wskazanych na wprost w dokumentacji przetargowej etatów.

Mając na względzie postanowienia SWZ, które narzucają określony model wykonania ww. usług, w tym również ich etatyzację wątpliwym jest dla Odwołującego, aby ww. ceny zaoferowane przez ww. wykonawców odzwierciedlały rzeczywiste koszty świadczenia tychże usług.

W ocenie Odwołującego - z treści Kalkulacji kosztów miesięcznych złożonych przez wybranego wykonawcę jak i drugiego wykonawcę wynika, że ceny za utrzymanie czystości w strefie I,II, III zaoferowane przez ww. wykonawców jako usługi obłożone stawką VAT 23% zostały zaniżone, a ceny za usługi realizowane przez sanitariuszy, w tym wewnętrzny transport medyczny, do których to usług ww. wykonawcy zastosowali zwolnienie z VAT zostały zawyżone względem rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia wynikających z dokumentacji przetargowej.

Proporcja wybrana przez ww. wykonawców jest - zdaniem Odwołującego - nienaturalna i nie znajduje uzasadnienia w rzeczywistych kosztach wykonania zamówienia wynikających z SWZ i jako taka stanowi manipulację cenową, której celem jest uzyskanie przewagi konkurencyjnej nad innymi wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu. Zaniżenie wartości usług wycenionych ze stawką podatku VAT 23% i przerzucenie kosztów wykonania tychże usług do usług podlegających zwolnieniu z VAT skutkuje obniżeniem ceny brutto ww. wykonawców a w konsekwencji wyższą oceną w kryterium oceny ofert: cena. W kryterium tym oferty z najniższymi cenami uzyskują najwyższą ilość punktów.

Zarzucił, że Zamawiający pomimo, że w ofertach ww. wykonawców występuje proporcja, o której mowa w powyższym pkt 2.6. nie wezwał jednak żadnego z ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień, a złożone przez nich oferty zaakceptował.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający zaniechał należytej staranności w przeprowadzaniu oceny oferty wybranego i drugiego wykonawcy, gdyż zaniechał wyjaśnienia podstaw, przyczyn oraz zgodności z prawem występującej w cenach ww. wykonawców proporcji pomiędzy cenami za usługi utrzymania czystości obłożone stawką podatku VAT 23% (tabela nr I kalkulacji miesięcznej kosztów) a usługi ze zwolnieniem z VAT (tabela nr II kalkulacji miesięcznej kosztów, pozycja czynności wykonywane przez sanitariuszy, w tym wewnętrzny transport medyczny),

celem wykluczenia podstaw do odrzucenia oferty ww. wykonawców jako zawierających manipulację cenową, polegającą na kreowaniu ceny:

a) w oparciu o znacznie zaniżone koszty usług utrzymania czystości w strefie I, II i III objęte stawką podatku VAT 23% tj. w oparciu o ceny, które nie pokrywają realnych kosztów i nie zawierają zysku, lecz zawierają znaczną stratę oraz

b) w oparciu o znacznie zawyżone ceny usług tj. czynności wykonywane przez sanitariuszy, w tym wewnętrzny transport medyczny, do których znajduje zastosowanie zwolnienie z podatku VAT, na które to usługi obaj ww. wykonawcy przerzucili większą część kosztów usług utrzymania czystości w strefie I, II i III.

Biorąc pod uwagę, że wobec ofert ww. wykonawców istnieje podejrzenie, że w celu zaoferowania najniższej ceny obniżyli wartość usług opodatkowanych stawką 23% i podwyższyli wartość usług podlegających zwolnieniu z VAT, Zamawiający zobowiązany był ww. wątpliwości usunąć.

Według Odwołującego - podejrzenie o ww. manipulację nasuwa się w sposób niewymuszony i oczywisty, gdyż cena usług tj. czynności wykonywane przez sanitariuszy, w tym wewnętrzny transport medyczny, do wykonania których Zamawiający wskazuje 13,19 etatu (załącznik nr 9, tabela str.6) jest nierynkowa i absurdalnie wysoka a cena za utrzymanie czystości w strefie I, II i III jest symboliczna i określona na poziomie niepokrywającym najniższych kosztów wykonania świadczenia. Zamawiający przed dokonaniem wyboru oferty ww. wykonawcy nie usunął ww. wątpliwości.

Wobec powyższego wybór oferty ww. wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej i ocena drugiej oferty w postępowaniu są co najmniej przedwczesne.

Odwołujący podniósł że Zamawiający dokonał ww. wyboru i oceny, mimo, że istotne elementy oferty wybranego i drugiego wykonawcy, wciąż budzą wątpliwości, w tym w szczególności nie ma pewności, czy złożone przez nich oferty nie są ofertami z rażąco niskimi cenami lub też, czy nie stanowią czynu nieuczciwej konkurencji.

W opinii Odwołującego - treść oferty wybranego wykonawcy i drugiego wykonawcy budzą wątpliwości co do ich zgodności z warunkami zamówienia, z Prawem zamówień publicznych oraz z ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w toku postępowania ww. wątpliwości nie usunął, skutkiem czego uchybił wymogom dotyczącym należytego i rzetelnego przeprowadzenia postępowania.

Zamawiający nie podjął czynności skutkujących jednoznacznym i pewnym rozstrzygnięciem oraz ustaleniem, że wybrany wykonawca i drugi wykonawca złożyli oferty nie podlegające odrzuceniu w myśl art. 226 ust. 1 pkt 5, 7 lub 8 Ustawy. W postępowaniu nie zostały usunięte wątpliwości ani co do rażąco niskiej ceny zaoferowanych przez ww. wykonawcę, ani co do ww. czynu nieuczciwej konkurencji ani też żadne inne wątpliwości dotyczące ewentualnej manipulacji cenowej. Treść ofert złożony przez wybranego wykonawcę i drugiego wykonawcę nie pozwala w sposób pewny stwierdzić, że złożyli oferty nieobciążone wadami. Przeciwnie treść ww. ofert wybranego i drugiego wykonawcy czyni bardziej prawdopodobną tezę, że złożona przez nich oferty są obciążona wadami, które powinny skutkować ich odrzuceniem.

Stwierdził, że Zamawiający pomimo ww. oczywistych wątpliwości, uznał obie ww. oferty za prawidłowe a ponadto ofertę wybranego wykonawcy za niewymagającą dalszych wyjaśnień i najkorzystniejszą w postępowaniu.

Odwołujący podkreślił, że ww. zachowanie Zamawiającego jest niezgodne z Ustawą, gdyż skutkuje wyborem oferty, której treść jest niejednoznaczna, wątpliwa i domniemana przez Zamawiającego. Oferta najkorzystniejsza powinna zaś cechować się jednoznacznością, weryfikowalnością i sprawdzalnością. Oferta ww. wykonawcy i drugiego wykonawcy, w aktualnym stanie faktycznym sprawy, nie ma ww. cech i nie sposób na podstawie jej treści orzec, czy jest ona zgodna z warunkami zamówienia, czy też nie.

3. Zarzut zaniechania odtajnienia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że wybrany wykonawca zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa:

- 1) opis świadczenia usługi wraz z załącznikami;
- 2) oświadczenie podmiotu odpowiedzialnego za zabezpieczenia informatyczne w przedsiębiorstwie wykonawcy;
- 3) wyjaśnienia złożone przez wybranego wykonawcę na wezwanie Zamawiającego z dn. 07.02.2024 r. (pismo Zamawiającego nr WSSz-NZP-46/24).

Zaznaczył przy tym, że Zamawiający uznał ww. zastrzeżenia i nie odtajnił ww. informacji w toku postępowania.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odtajnienia ww. dokumentów i informacji, w tym także ww. wyjaśnień.

Zdaniem Odwołującego - Zamawiający pewien był odtajnić w/w dokumenty i kalkulacje, gdyż:

- 1) wybrany wykonawca nie wykazał (nie udowodnił), że ww. zastrzeżone dokumenty i informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;
- 2) tajemnicą przedsiębiorstwa nie mogą być objęte całe dokumenty a tylko niektóre informacje;
- 3) uzasadnienie zastrzeżenia dokonane przez wybranego wykonawcę ma charakter ogólnikowy, lakoniczny i nie potwierdza wystąpienia okoliczności, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 4) opis świadczenia usługi wraz z załącznikami i ww. wyjaśnieniami w tym konkretnym postępowaniu nie są dokumentem ilustrującym autorski model wykonania usługi, ale stanowi odzwierciedlenie koncepcji wykonania usługi wymaganej i opisaną w dokumentacji postępowania.

W zakresie obowiązku wykazania słuszności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący wskazał, że wybrany wykonawca nie udowodnił, że zastrzeżone dokumenty i informacje i wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przekonywał, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez wybranego wykonawcę jest gołosłowne i niepoparte żadnymi dowodami. Brak ww. dowodów dyskwalifikuje ww. zastrzeżenie. Zamawiający – już chociażby – ze względu na brak ww. dowodów powinien był dokonać odtajnienia. Zamawiający czynności tej zaniechał.

Odwołujący zauważył, że Zarządzenie wewnętrzne Prezesa Zarządu Fudeko S. A. nr 1/2022 z dnia 22 grudnia 2022 r. dot. zasad zachowania poufności przez pracowników Fudeko S. A. ma charakter zwykłego dokumentu dotyczącego powszechnej praktyki występującej u każdego przeciętnego przedsiębiorcy. Treść ww. dokumentu nie potwierdza, aby wybrany wykonawca podjął inne niż zwyczajne środki służące ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa. Zobowiązania do zachowania tajemnicy opisane w ww. dokumencie mają charakter ogólnikowy, a nadto nie są obarczone żadnym szczególnym rygorem. Wobec powyższego ww. dokument nie potwierdza, aby ww. wykonawca rzeczywiście podjął

działania zmierzające do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa w tym w szczególności know-how.

Wskazał, że oświadczenie podmiotu odpowiedzialnego za zabezpieczenia informatyczne w przedsiębiorstwie Wykonawcy w ogóle nie zostało udostępnione.

Z tego też powodu nie sposób odnieść się do jego treści.

Odwołujący zawrócił uwagę, że rodzaj i zakres zabezpieczeń informatycznych opisanych przez wybranego wykonawcę w zastrzeżeniu przedsiębiorstwa dowodzi, że podjęte zostały wyłącznie standardowe i zwykłe sposoby zabezpieczenia infrastruktury informatycznej wybranego wykonawcy. Wobec powyższego wybrany wykonawca nie podjął w ww. zakresie szczególnych działań i wdrożył szczególnych rozwiązań chroniących opisana przez niego tajemnicę przedsiębiorstwa tzw. know – how.

Odwołujący pozostaje w przekonaniu, że wykonawca musi najpierw "wykazać", czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziszczyły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k., a rolą Zamawiającego w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Argumentował przy tym, że dla skutecznego zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawca zobowiązany jest:

- (i) zastrzec, które informacje podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa;
- (ii) wykazać spełnienie przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k.;
- (iii) przy czym obie te czynności powinny nastąpić - co do zasady - nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W zakresie dotyczącym zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa całego dokumentu Odwołujący wskazał, że tajemnicą przedsiębiorstwa objęte mogą być tylko poszczególne, pojedyncze, wyodrębnione informacje, a nie całe dokumenty. Zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa całego dokumentu traktowane jest jako niepodlegające ochronie i jako sprzeczne z zasadą jawności postępowania o zamówienie publiczne.

Odwołujący podniósł, że niejawnie w postępowaniu o zamówienie publiczne mogą być tylko informacje chronione i to tylko one mogą zostać utajnione. Nie ma tym samym możliwości utajnienia całego dokumentu. Ochronie podlegają wyłącznie poszczególne informacje. Za ww. stanowiskiem przemawia również literalna wykładnia przepisów art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jak i art. 18 ust. 3 Ustawy. Oba przywołane przepisy posługują się słowem „informacje”. Ponadto oba w ww. przepisów stanowią wyjątek od powszechnie stosowanej zasady jawności i transparentności. Z tego też powodu znaczenie słowa „informacje” nie może być odczytywane rozszerzająco.

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

W zakresie dotyczącym lakoniczności uzasadnienia o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący zwrócił uwagę, że ww. uzasadnienie zastrzeżenia jest ogólne i pozbawione informacji potwierdzających, że ww. dokumenty i informacje posiadają cechy i wartości, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wybrany wykonawca nie wykazał ani nie uprawdopodobnił, aby zastrzeżone przez niego dokumenty i informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie były powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji.

Zastrzeżenie to ogranicza się do zaledwie kilku zdań o bliżej nieokreślonej wartości gospodarczej uznanej przez wybranego wykonawcę za jego know – how. Szkoda, która może ponieść wybrany wykonawca na skutek odtajnienia jest nieskonkretyzowana. Zastrzeżenie to nie zawiera jakiegokolwiek uzasadnienia, że szkoda wybranego wykonawcy jest realna i wymierna. Ewentualna szkoda wybranego wykonawcy jest nieskonkretyzowana, odnosi się do pozycji wybranego wykonawcy na rynku (konkurencyjności), która to pozycja nie została w żadne sposób zdefiniowana. Wybrany wykonawca nie wykazał, aby na skutek odtajnienia mógł ponieść jakikolwiek uszczerbek. W ww. zastrzeżeniu brak wiarygodnych informacji potwierdzających, że stosowane przez wybranego wykonawcę metody wykonania usługi i sposób ofertowania mają unikatowe właściwości i są typowe tylko dla tego wykonawcy. Brak także potwierdzenia, aby ww. metody i sposoby dowodziły jakiegokolwiek

przewagi konkurencyjnej. Okoliczność, że ww. metody (strategie) w ogóle istnieje nie została nawet uprawdopodobniona przez wybranego wykonawcę.

Na marginesie Odwołujący podniósł również, że wybrany wykonawca nawet nie opisał jakie inne niż powszechnie - stosowane działania podjął w celu zachowania poufności swojej strategii cenowej i ochrony know-how. Oferta wybranego wykonawcy udostępniona Odwołującemu nie zawiera żadnej wzmianki o ww. działaniach wybranego wykonawcy. Oferta ta nie zawiera również dowodów na tę okoliczność.

W zakresie dotyczącym braku autorskich rozwiązań zawartych w ww. dokumentach i informacjach, Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający w SWZ szczegółowo sprecyzował wymagania dotyczące sposobu realizacji usługi, w szczególności określił wymagania względem obsady stanowiskowej, godzin wykonywania usługi z wyodrębnieniem na poszczególne oddziały szpitalne, wyposażenia osób realizujących zamówienie, wymogi co do właściwości i sposobu oddziaływania środków chemicznych i higienicznych stosowanych do wykonania zamówienia, wyróżnił i wskazał również częstotliwość poszczególnych czynności do realizacji, sprzęt wymagany do realizacji zamówienia. Tym samym Zamawiający nie pozostawił wykonawcom swobody w organizacji i sposobie wykonania usługi. Zamawiający wyraźnie określił czego oczekuje od usługi i jak usługa ma być realizowana. Ze względu na powyższe wymogi co do sposobu realizacji zamówienia, wykonawca został pozbawiony w postępowaniu możliwości sporządzenia i przedstawienia autorskiej koncepcji wykonania usługi. W konsekwencji wykonawca nie mógł stosować wybranych przez siebie strategii lub pomysłów.

Według Odwołującego - zastrzeżone dokumenty i informacje nie stanowią autorskiej koncepcji wykonania usługi a stanowią wyłącznie odpowiedź na model wykonania usługi wynikający z SWZ. Doborowi systemów i rozkładów czasów pracy osób realizujących zamówienie nie można przypisać waloru rozwiązania wyjątkowego, niepowtarzalnego, stworzonego na potrzeby konkretnego zamówienia, gdyż wymiar, rodzaj, sposób zatrudniania na usłudze wynikają z wymagań opisanych przez Zamawiającego SWZ. Wymagania te są jednakowe dla wszystkich wykonawców. Tym samym rozwiązaniom nie można przypisać żadnej wartości gospodarczej, gdyż nie ma w tym przypadku mowy o autorskiej, unikalnej koncepcji realizacji zamówienia, wymagającym ochrony know-how wykonawcy, czy realizacji jakiegokolwiek strategii cenowej.

Dane zawarte w ww. dokumentach i informacjach nie są poufnymi rozwiązaniami technologicznymi lub autorskimi koncepcjami wykonania usługi, przejawianymi strategii cenowych skoro rozwiązania te są powieleniem wymogów postawionych w SWZ.

Odwołujący zwrócił uwagę, na treść wezwania do wyjaśnienia treści oferty skierowanego do wybranego wykonawcy pismem Zamawiającego z dnia 07.02.2024 r. (pismo Zamawiającego br WSSz-NZP46/24) . Treść ww. wezwania jednoznacznie wskazuje, że treść oferty wybranego wykonawcy – opis świadczenia usługi – odwołuje się bezpośrednio do cech usługi opisanych w SWZ. Nie są to rozwiązania autorskie pochodzące od wykonawcy i stanowiące wytwór jego własnej i samodzielnej koncepcji. Zamawiający w ww. wezwaniu wprost wskazuje, że wybrany wykonawca ma wyjaśnić w jaki sposób zamierza realizować wszystkie zadania zakreślone w warunkach zamówienia zgodnie z dokumentami zamówienia. Powyższe dowodzi, że Zamawiający nie dopuszczał przedstawienia przez wykonawców dowolnego sposobu realizacji świadczenia a sporządzany przez nich opis świadczenia usługi wraz z załącznikami miał ściśle odpowiadać dokumentom zamówienia. Treść ww. dokumentów nie była więc zależna od woli i pomysłu wykonawcy, ale jest pochodną rozwiązań wybranych i narzuconych przez Zamawiającego. Niezgodność z ww. opisu świadczenia usługi (...) z dokumentami zamówienia będzie skutkowałą odrzuceniem oferty jako niezgodnej z SWZ. Już choćby przywołana okoliczność dowodzi, że powyższy dokument nie ma charakteru autorskiej koncepcji, która mogłaby podlegać ochronie jako know-how. Wymogi co do ww. dokumentu postawione przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia potwierdzają, że ww. dokument nie posiada walorów, o których mowa w zastrzeżeniu wybranego wykonawcy i tym samym nie podlega ochronie (poufności).

Odwołujący podniósł również, że usługi utrzymania czystości w szpitalach stanowiące przedmiot niniejszego zamówienia mają charakter standardowy. W przypadku tego rodzaju usług nie występuje więc możliwość powoływania się na innowacyjną metodę wykonania zamówienia, szczególne "know-how" dostępne wyłącznie dla ww. wykonawców, którego ujawnienie mogłoby narazić tychże wykonawców na szkodę.

Reasumując Odwołujący podkreślił, że możliwość nieujawnienia informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia należy traktować jako sytuację wyjątkową, a podstawy do skorzystania z niej traktować zawężająco, w przeciwnym bowiem razie jawność postępowania i wynikające z niej wartości i gwarancje nie są realizowane.

Wobec powyższego Odwołujący podniósł, że w niniejszym postępowaniu - Zamawiający nie przeanalizował należycie, kalkulacji i oświadczenia dostawców zastrzeżonych przez wybranego wykonawcę w ogóle stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, a ponadto, czy zastrzeżone zostały z zachowaniem wymogów, o których mowa w art. 18 ust. 3 Ustawy.

W konsekwencji powyższego stwierdził, że Zamawiający naruszył Ustawę poprzez zaniechanie odtajnienia kalkulacji oraz oświadczeń dostawców o rabatach przedstawionych przez wybranego wykonawcę. Zamawiający zaniechał odtajnienia ww. dokumentów i nie udostępnił ich Odwołującemu pomimo, że wybrany wykonawca ograniczając jawność ww. dokumentów nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 ustawy o zakazie konkurencji.

Reasumując, Odwołujący podkreślił, że możliwość nieujawnienia informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia należy traktować jako sytuację wyjątkową, a podstawy do skorzystania z niej traktować zawężająco, w przeciwnym bowiem razie jawność postępowania i wynikające z niej wartości i gwarancje nie są realizowane.

Wobec powyższego Odwołujący podniósł, że w niniejszym postępowaniu - Zamawiający nie przeanalizował należycie czy zastrzeżony przez wybranego wykonawcę opis świadczenia usługi wraz z załącznikami oraz wyjaśnienia w ogóle stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a ponadto, czy zastrzeżone zostały z zachowaniem wymogów, o których mowa w art. 18 ust. 3 Ustawy.

W konsekwencji powyższych naruszeń Zamawiający – zdaniem Odwołującego - uchybił Ustawie poprzez zaniechanie odtajnienia ww. dokumentów. Zamawiający zaniechał odtajnienia ww. dokumentów i nie udostępnił ich Odwołującemu pomimo, że wybrany wykonawca ograniczając jawność ww. dokumentów nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 ustawy o zakazie konkurencji.

Niezależnie od powyższego, oraz na wypadek, gdyby część tajna wyjaśnień wybranego wykonawcy zawierała dodatkowe zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa lub dowody potwierdzające legalność przedmiotowego zastrzeżenia, Odwołujący podniósł, że: zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem Izby niedopuszczalnym jest zastrzeżenie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa samego dokumentu zawierającego uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Dokument taki nie zawiera bowiem ani informacji technicznych, ani żadnych innych, które mogłyby mieć wartość gospodarczą dla wykonawcy. Nadto jego ujawnienie w żadnej mierze nie może zaszkodzić danemu przedsiębiorcy. Zatem, Zamawiający winien był udostępnić Odwołującemu wskazany dokument, tak aby Odwołujący mógł zweryfikować, czy wybrany wykonawca skutecznie zastrzegł kalkulacje oraz oświadczenia swoich dostawców.

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

W przedmiotowej sprawie zgłosili swoje przystąpienia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

- 1) Fudeko S.A. z siedzibą w Gdyni, Fudeko Med sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni;
- 2) Ever Medical Care sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Ever Cleaning sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Everteam sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Pismem z dnia 4 marca 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

KIO 585/24

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Ever Medical Care sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Ever Cleaning sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Everteam sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w dniu 22 lutego 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

- 1) zaniechania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Wykonawców Fudeko S.A. z siedzibą w Gdyni - Lider Konsorcjum, Fudeko MED Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni - Członek Konsorcjum, (dalej łącznie jako „Fudeko”) pomimo, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na wskazaniu w kalkulacji kosztów miesięcznych stawki podatku VAT w zakresie transportu wewnętrznego w wysokości 23% zamiast zwolnienia od podatku VAT;
- 2) niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej FUDEKO pomimo podstawy do odrzucenia tej oferty, o której mowa w pkt 1;

3) niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na ocenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w przedmiotowym środku dowodowym złożonym przez Fudeko - Opisie sposobu świadczenia usługi przedstawiającym również wykaz środków transportu wewnętrznego przeznaczonych do przewożenia materacy, bielizny itp. tj. co najmniej 1 pojazd, a także zaniechanie udostępnienia Odwołującemu ww. przedmiotowego środka dowodowego pomimo, że informacje zawarte w przedmiotowym środku dowodowym nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty z powodu popełnienia przez Fudeko błędu w obliczeniu ceny polegającego na wskazaniu w kalkulacji kosztów miesięcznych stawki podatku VAT w zakresie transportu wewnętrznego w wysokości 23% zamiast zwolnienia od podatku VAT, co skutkowało wyborem jako najkorzystniejszej oferty Fudeko zawierającej błąd w obliczeniu ceny;

zarzut ewentualny w przypadku nieuwzględnienia zarzutu. o którym mowa w pkt 1:

2) art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), dalej jako „UZNK”, w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp poprzez:

- uznanie, że informacje zawarte w przedmiotowym środku dowodowym Opis sposobu świadczenia usługi przedstawiający również wykaz środków transportu wewnętrznego przeznaczonych do przewożenia materacy, bielizny itp. tj. co najmniej 1 pojazd stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy informacje zawarte w tym dokumencie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, a Fudeko nie wykazało, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,

- zaniechanie udostępnienia Odwołującemu przedmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w tiret 1 powyżej, co skutkowało uniemożliwieniem Odwołującemu kontroli oferty Fudeko pod względem zgodności tej oferty z warunkami zamówienia, a w konsekwencji wyborem jako najkorzystniejszej oferty Fudeko, która w przypadku niezgodności z warunkami zamówienia powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

3) zarzut ewentualny wobec zarzutu. o którym mowa w pkt 2 - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Fudeko z powodu niezgodności oferty z warunkami zamówienia, co skutkowało wyborem tej oferty jako najkorzystniejszej pomimo jej niezgodności z warunkami zamówienia.

Z uwagi na powyższe Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny oferty Fudeko oraz wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej;
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Fudeko z powodu popełnienia błędu w obliczeniu ceny;
- 4) na podstawie art. 573 ustawy Pzp zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych;
- 5) w zakresie zarzutu ewentualnego nr 2 nakazanie Zamawiającemu odtajnienie i udostępnienie Odwołującemu przedmiotowego środka dowodowego Opis sposobu świadczenia usługi przedstawiający również wykaz środków transportu wewnętrznego przeznaczonych do przewożenia materacy, bielizny itp. tj. co najmniej 1 pojazd złożonego przez Fudeko, a w zakresie zarzutu ewentualnego nr 3 o nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Fudeko z powodu niezgodności z warunkami zamówienia.

Odwołujący oświadczył, że ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, złożył w Postępowaniu ofertę, która w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów Pzp, zajęła drugie miejsce w rankingu oceny ofert, chociaż powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą, a tym samym interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku i szkody w postaci utraty możliwości uzyskania zamówienia, w tym zysku z tytułu jego wykonania.

W zakresie bezpośrednio związanym z zastrzeżeniem przez FUDEKO Opisu sposobu świadczenia usługi jako tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący oświadczył, że ma interes w uzyskaniu tego dokumentu i weryfikacji informacji w nim zawartych, ponieważ nieujęcie w tym oświadczeniu informacji zgodnych z wymaganiami Zamawiającego świadczyłoby o złożeniu oferty niezgodnej z warunkami zamówienia, gdyby wymagania OPZ nie zostały uwzględnione. Gdyby powyższa teza potwierdziła się wskutek weryfikacji przedmiotowego środka dowodowego oferta FUDEKO podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż jej treść nie byłaby zgodna z warunkami zamówienia, w konsekwencji oferta Odwołującego znalazłaby się na pierwszym miejscu w rankingu ofert.

- 1) Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty z powodu popełnienia przez FUDEKO błędu w obliczeniu ceny.**

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający na stronie internetowej prowadzonego postępowania opublikował SWZ z załącznikami, wśród których jednym z załączników był załącznik nr 2 o nazwie „Kalkulacja kosztów miesięcznych”.

Wyjaśnił, że w załączniku Wykonawcy zobowiązani byli do uzupełnienia cen jednostkowych i wartości, a także wskazania stawek podatku VAT.

Odwołujący przyznał, że Zamawiający nie określił w SWZ jakie stawki podatku VAT znajdują zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu.

W związku z powyższym Odwołujący wnioskował, że obowiązek określenia prawidłowej stawki podatku VAT należał do Wykonawców.

Wskazał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, a także zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 20.10.2011 r. (sygn. akt III CZP 52/11) w przypadku, gdy w SWZ Zamawiający nie wskazał stawki podatku VAT obowiązek jej prawidłowego określenia spoczywa na Wykonawcy, a błąd w tym zakresie stanowi błąd w obliczeniu ceny, który powinien skutkować odrzuceniem oferty.

Odwołujący zauważył, że w postępowaniu spośród złożonych przez wszystkich Wykonawców ofert wyłącznie FUDEKO w Kalkulacji kosztów miesięcznych w pozycji II. Koszty pozostałych usług „Transport wewnętrzny” wskazało stawkę podatku VAT w wysokości 23% (pozostali Wykonawcy w zakresie transportu wewnętrznego wskazali zwolnienie od podatku).

Odwołujący argumentował, że Zamawiający z uwagi na tę rozbieżność wezwał FUDEKO do złożenia wyjaśnień zwracając się o udzielenie informacji w zakresie uzasadnienia przyczyn zastosowania konkretnych stawek VAT, w tym przedstawienia dokumentów potwierdzających prawidłowość zastosowanych stawek podatku VAT. W wyjaśnieniach FUDEKO zobowiązane było do odniesienia się do odpowiednich fragmentów opisu przedmiotu zamówienia (dalej jako „OPZ”).

Odwołujący wyjaśnił, że w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień FUDEKO (podobnie jak inni Wykonawcy również wzywani do wyjaśnień stawki podatku VAT) powołali się m. in. na Interpretację Ogólną Nr PTI.8101.5.2017.PSG.622 Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 29 grudnia 2017 r. w sprawie zakresu zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług, o którym mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2017 r. poz. 1221), tj. zwolnienia od podatku usług w zakresie opieki medycznej, służących profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i

poprawie zdrowia, oraz dostawy towarów i świadczenia usług ściśle z tymi usługami związanymi, świadczonych na rzecz podmiotów leczniczych na terenie ich zakładów leczniczych, w których wykonywana jest działalność lecznicza. Swoje wyjaśnienia FUDEKO skoncentrowało przede wszystkim na wytłumaczeniu zastosowania zwolnienia od podatku w pozycji [I. Koszty pozostałych usług „Czynności wykonywane przez sanitariuszy, w tym wewnętrzny transport medyczny”.

Odwołujący podniósł, że w tym zakresie FUDEKO przedstawiło szczegółowe uzasadnienie ze wskazaniem, dlaczego kalkulacja kosztów w stosownej kolumnie zawiera informację o zwolnieniu od podatku VAT. W zakresie dotyczącym niniejszego odwołania, tj. w zakresie pozycji „transport wewnętrzny” FUDEKO oświadczyło, że: „Biorąc zatem pod uwagę Załącznik nr 9 do SWZ - Zakres prac wykonawcy i wymogi dotyczące poszczególnych grup pracowników Wykonawca dokonał odpowiedniego rozróżnienia przedmiotu zamówienia na:

- 1) usługi sprzątnięcia, co do których zastosował 23% stawkę podatku VAT,
- 2) czynności wykonywane przez sanitariuszy, transport medyczny, wywóz odpadów medycznych i inne wymienione wcześniej w wyjaśnieniach, jako zwolnione, co do których zastosował zwolnienie z podatku VAT na mocy art. 43 ust 18a ustawy o VAT, względnie, na mocy art 43 ust 18 ustawy o VAT.
- 3) Transport wew. niemedyyczny, co do których zastosował 23% stawkę podatku VAT, Obowiązkiem podatnika jest przyporządkowanie sprzedaży towarów co usług do określonej, właściwej stawki.

Według Odwołującego - oznacza to, że określając wysokość stawki VAT podatnik musi przede wszystkim ustalić, czy sprzedawany przez niego towar lub świadczona usługa nie korzystają z obniżonej stawki lub ze zwolnienia z VAT. Jeśli tak, to powinien zastosować taką stawkę, jaka wynika z przepisów ustawy o VAT.

Zdaniem Odwołującego – z zastosowanie stawki podatku VAT w wysokości 23% w przypadku pozycji „transport wewnętrzny” świadczy o tym, że FUDEKO błędnie ustaliło na podstawie OPZ zakres obowiązków, który będzie realizowany i rozliczany w ramach tej pozycji. Zgodnie z treścią załącznika nr .9 do SWZ „ZAKRES PRAC WYKONAWCY I WYMOGI DOTYCZĄCE POSZCZEGÓLNYCH GRUP PRACOWNIKÓW” Zamawiający przewidział m. in. wykonywanie następujących czynności na stanowisku pracownika transportu wewnętrznego (strona 7):

- 1) dostarczanie do oddziałów asortymentu i materiałów z komórek organizacyjnych, takich jak Apteka, Magazyny i in.,

- 2) transport asortymentu pomiędzy oddziałami Szpitala a Punktem Przyjęć do Sterylizacji, transport poduszek, kocy itp. do i z magazynu bielizny szpitalnej,
- 3) transport brudnej i czystej bielizny między oddziałami a magazynem bielizny szpitalnej,
- 4) transport łóżek,
- 5) wywóz odpadów, łącznie z opróżnianiem pojemników z selektywnej zbiórki, 6) przewożenie ubrań pacjentów do depozytu, 7) transport materiałów do sterylizacji.

Odwołujący zaznaczył, że w e wspomnianej powyżej Interpretacji Ogólnej Nr PTI.8101.5.2017.PSG.622 Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 29 grudnia 2017 r. wskazano, że:

„ W ramach powyższego procesu konieczne jest wykonanie wielu czynności, z których część może być również - i w praktyce często jest - wykonywana przez podmioty zewnętrzne. Spośród tych czynności, te, które spełniają warunki do uznania ich za usługi ściśle związane z usługami w zakresie opieki medycznej, służącymi profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, tj. stanowią nieodzowny element działalności placówek, świadczących taką opiekę, podlegają zwolnieniu od VAT na podstawie art. 41 ust 1 pkt 18a ustawy o VAT. Dla zastosowania wskazanego zwolnienia nie ma w szczególności znaczenia, czy dana czynność jest fizycznie wykonywana w obecności konkretnego pacjenta (lecz jej nieodzowność z punktu widzenia zapewnienia należytej opieki pacjentom). Wśród takich usług można przykładowo wymienić: wsparcie pielęgniarek lub salowych w opiece nad pacjentami przy wykonywaniu czynności higienicznych i pielęgnacyjnych - w tym związanych z potrzebami fizjologicznymi pacjentów (m.in. pomoc przy ubieraniu, karmienie, przewijanie, rozdawanie posiłków, transport pościeli i ścielenie łóżek szpitalnych, usuwanie pojemników z wydzielinami), monitorowanie stanu pacjentów, transport pacjentów na terenie placówki medycznej, pomoc w przygotowaniu do operacji lub zabiegu (zmiana odzieży i obuwia, oraz inne czynności niezbędne do przeprowadzenia procedur medycznych), przygotowanie pomieszczeń i przedmiotów niezbędnych do operacji i zabiegów medycznych (sprzątanie i dezynfekcja pomieszczeń, sterylizacja narzędzi, stołów operacyjnych, pojemników i innych przedmiotów, czynności związane z przygotowywaniem leków), asystowanie podczas operacji lub zabiegu (ubieranie zespołu medycznego, podawanie sterylnych pakietów), czynności związane z gospodarką bielizną i odzieżą szpitalną oraz pościelą (jej zmiana, transport wewnątrzszpitalny, pranie), zapewnienie odpowiedniego wyżywienia pacjentów, czynności związane z gospodarką odpadami szpitalnymi (ich usuwanie i transport wewnątrzszpitalny), transport wewnątrzszpitalny przedmiot" używanych w procesie opieki medycznej (narzędzi, materiałów i pojemników do badań, krwi i materiałów krwiopochodnych, wyników badań, łóżek, wózków, materacy),

czynności administracyjne (przyjęcie do placówki medycznej, wywiad medyczny - w tym pomoc w wypełnianiu kwestionariuszy, wypisanie z placówki medycznej)”.

Stosując porównanie zakresów obowiązków wynikających z załącznika nr 9 do SWZ oraz przykładów, którymi posłużył się Minister Rozwoju i Finansów w ww. interpretacji ogólnej Odwołujący stwierdził, że zakres obowiązków określonych przez Zamawiającego, których wartość należało wskazać w Kalkulacji kosztów miesięcznych w pozycji „transport wewnętrzny” pokrywa się z zakresem czynności wskazanych przez Ministra Rozwoju i Finansów podlegających zwolnieniu z podatku VAT. Przedstawił uproszczone porównanie tych informacji.

Zdaniem Odwołującego - powyższe porównanie jednoznacznie wskazuje, że wymienione w załączniku nr 9 do SWZ czynności są objęte zakresem zwolnienia od podatku, w konsekwencji powyższego wskazanie w kalkulacji kosztów miesięcznych stawki podatku w wysokości 23% zamiast zwolnienia od podatku jest klasycznym błędem w obliczeniu ceny, który powinien spowodować stwierdzenie przez Zamawiającego wystąpienia przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Zwrócił uwagę, że pozostali Wykonawcy jednomyślnie wskazali w ofertach w tej pozycji zwolnienie od podatku. W konsekwencji tylko stawka podatku w wysokości 23% wskazana w treści kalkulacji kosztów miesięcznych FUDEKO wyróżnia się na tle informacji o VAT uzupełnionych w pozostałych ofertach.

Podkreślił, że w skład Konsorcjum FUDECO, wchodzi spółka FUDEKO MED Sp. z o.o. mająca status podmiotu leczniczego, która jak wynika z oświadczenia złożonego wraz z ofertą, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp wykona czynności w zakresie transportu wewnętrznego.

W związku z powyższym – w ocenie Odwołującego - FUDEKO niewątpliwie zobowiązane było do uzupełnienia w kalkulacji kosztów miesięcznych informacji o zwolnieniu od podatku w pozycji „Transport wewnętrzny”.

Odwołujący przekonywał, że fakt, iż błąd nie dotyczy pomylenia stawek VAT (np. 23% zamiast 8%), lecz polega na zastosowaniu stawki podatku VAT zamiast zwolnienia od podatku nie stanowi żadnej okoliczności łagodzącej wobec oceny skutków popełnionego przez FUDEKO błędu w obliczeniu ceny.

Wywodził przy tym, że niezależnie bowiem od tego, czy błąd polega na wskazaniu błędnej stawki podatku czy wskazania podatku zamiast informacji o zwolnieniu od podatku

należy uznać, iż zawsze skutkuje obowiązkiem odrzucenia przez Zamawiającego oferty z powodu błędu w obliczeniu ceny.

Odnosząc się do oświadczenia FUDEKO wyrażonego w złożonych wyjaśnieniach, iż:

- obowiązkiem podatnika jest przyporządkowanie sprzedaży towarów czy usług do określonej, właściwej stawki,
- określając wysokość stawki VAT podatnik musi przede wszystkim ustalić, czy sprzedawany przez niego towar lub świadczona usługa nie korzystają z obniżonej stawki lub ze zwolnienia z VAT,
- wykonawca powinien zastosować taką stawkę, jaka wynika z przepisów ustawy o VAT, Odwołujący stwierdził, że FUDEKO nieprawidłowo ustaliło i nieprawidłowo przyporządkowało stawkę podatku VAT do zakresu wymienionych w SWZ czynności, które podlegały wycenieniu pod zbiorczym określeniem „transport wewnętrzny”.

Tym samym spełniona została przesłanka odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, zgodnie z którą Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Uzupełniająco Odwołujący wskazał, iż Zamawiający, który pomimo powyższych nieprawidłowości wybrał ofertę FUDEKO jako najkorzystniejszą, naruszył wyrażoną w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zasadę prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

2. Zarzut ewentualny - naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp poprzez uznanie, że informacje zawarte w opisie sposobu świadczenia usługi stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu tego dokumentu.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne i nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 11 ust. 2 UZNK przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął.

przy. zachowaniu należytej staranności. działania w celu utrzymania ich w poufności. W rozdziale 5 SWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawcy złożyli wraz z ofertą przedmiotowy środek dowodowy - Opis sposobu świadczenia usługi przedstawiający również wykaz środków transportu wewnętrznego przeznaczonych do przewożenia materacy, bielizny itp. tj. co najmniej 1 pojazd (dalej jako „OPIS”). Wykonawca zastrzegł OPIS (cały załącznik) jako tajemnicę przedsiębiorstwa, załączając do oferty uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W odpowiedzi na wniosek o udostępnienie oferty Zamawiający nie przekazał Odwołującemu tego dokumentu co oznacza, że ocenił cały OPIS jako podlegający zastrzeżeniu na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK.

W ocenie Odwołującego, który własnego OPISU nie zastrzegł jako tajemnicy przedsiębiorstwa, działanie FUDEKO jest klasycznym zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa stosowanym powszechnie i na dużą skalę wyłącznie w celu uniemożliwienia konkurencyjnym wykonawcom oceny zgodności oferty z warunkami zamówienia.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający w sposób szczegółowy określił warunki świadczenia usługi, w tym zakres prac do wykonania i wymogi dotyczące poszczególnych grup pracowników. Informacje zawarte w OPISIE złożonym przez wykonawców powinny zatem potwierdzać spełnienie wymagań Zamawiającego. Dopiero wszelkie dodatkowe informacje wskazujące na pewnego rodzaju usprawnienia i ulepszenia (ponad wymagania wskazane w OPZ) mogłyby ewentualnie być rozważane jako tajemnica przedsiębiorstwa, pod warunkiem wykazania przesłanek z art. 11 ust. 2 UZNK, w tym ich wartości gospodarczej przynoszącej FUDEKO korzyści. Jeżeli natomiast treść OPISU sprowadza się wyłącznie do pewnego sposobu uporządkowania obowiązków wskazanych w OPZ lub standardowo związanych ze świadczeniem usług będących przedmiotem zamówienia, informacje w nim zawarte nie mają wartości gospodarczej, która mogłaby podlegać ochronie w oparciu o art. 11 ust. 2 UZNK, ponieważ dotyczą wymagań jawnych wynikających z OPZ opublikowanego na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa całego załącznika (bez wydzielenia treści wykraczających poza wymagania OPZ) stanowi nadużycie FUDEKO polegające na nieuprawnionym utajnieniu informacji, które powinny pozostać jawne i dostępne dla wszystkich podmiotów, które mają interes w weryfikacji zgodności oferty FUDEKO z treścią SWZ.

Podniósł, że w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa FUDEKO powołuje się m. in. na podjęcie na przestrzeni wielu lat szeregu działań, które doprowadziły wpierw do pozyskania osób o odpowiednich kwalifikacjach, następnie bieżących czynności

związanych z dysponowaniem tymi osobami i inwestowaniem w nie poprzez np. zapewnienie uczestnictwa w szkoleniach z zakresu utrzymania higieny szpitalnej.

W związku z tym Odwołujący zauważył, że jeżeli FUDEKO rzeczywiście uważa dane pozyskanych osób za tajemnicę przedsiębiorstwa mógł ewentualnie dokonać zastrzeżenia tajemnicy wyłącznie w zakresie ich imion i nazwisk. Jeżeli rzeczywiście osoby te zostały wymienione w OPISIE. Ochrona powyższego interesu FUDEKO nie uzasadnia tego, że cały OPIS został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W dalszej części zastrzeżenia (strona 3 pisma) Odwołujący relacjonował, że FUDEKO oświadczył, że:

- Zamawiający nie wskazał konkretnie jakich informacji wymaga, aby zostały wskazane w OPISIE, dlatego też tym bardziej jego treść jest autorską koncepcją Wykonawcy, – OPIS został sporządzony przede wszystkim w oparciu o załączniki nr od 9 do 14 SWZ, zawierające ogólne wymagania Zamawiającego co do sposobu świadczenia usługi,
- Zamawiający określił jedynie OGÓLNE ZASADY SPRZĄTANIA, pozostawiając możliwość ich uszczegółowienia Wykonawcy.

Wobec tego Odwołujący wskazał, iż powyższe twierdzenia FUDEKO i sugestie, jakoby OPIS zawierał uszczegółowienie OPZ na takim poziomie, że informacjom należałoby przyznać wartość gospodarczą nie są wiarygodne. Każdy Wykonawca uczestniczący w postępowaniu sporządzał OPIS celem potwierdzenia wymagań Zamawiającego. Zamawiający nie uczynił sposobu świadczenia usługi kryterium oceny ofert, a więc nie przyznawał punktów za szczególne i wyszukane rozwiązania w sposobie świadczenia usługi. OPIS, jako przedmiotowy środek dowodowy, miał potwierdzić wyłącznie zgodność z wymaganiami wyrażonymi w dokumentach zamówienia. Stosownie do art. 7 pkt 20 ustawy Pzp OPIS stanowił środek służący potwierdzeniu zgodności oferowanych usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

Odwołujący jest przekonany, że OPIS sporządzony przez FUDEKO w znacznym zakresie nie zawiera nic ponadto, co wynika z wymagań zawartych w dokumentach zamówienia, gdyż wyłącznie w celu potwierdzenia tych wymagań Zamawiający oczekiwał złożenia OPISU.

W odniesieniu do kwestii związanej z załącznikiem nr 14 do SWZ, tj. Środki dezynfekcyjne i higieniczno-sanitarne, które wykonawca zobowiązany jest stosować w szpitalu, podniósł, że FUDEKO wskazało, że Zamawiający podał opis oraz minimalne

parametry preparatów, jakie mają być stosowane w Szpitalu. Tym samym, pod warunkiem spełnienia minimalnych wymagań Zamawiającego, dobór tych środków pozostawiony został Wykonawcy, bazującym na swojej wiedzy oraz doświadczeniu.

Według Odwołującego - wymienione wymagania co do środków są na tyle standardowe, że ich dobór nie może być kwalifikowany jako informacja mająca wartość gospodarczą. Wśród wymienionych wymagań nie ma bowiem takich, które wskazywałyby na stosowanie środków trudno dostępnych czy na tyle specyficznych, aby ich poszukiwanie na rynku wymagało zwiększonego wysiłku. Nawet jeżeli FUDEKO wskutek takiego, a nie innego doboru środków dezynfekujących i higieniczno-sanitarnych uzyskuje jakieś korzyści należy wskazać, że mogą być to wyłącznie korzyści cenowe, związane z zaopatrzeniem w środki u konkretnych dystrybutorów. Zamawiający w Postępowaniu nie zawarł obowiązku ujawnienia źródeł dystrybucji, a zatem wyłączna informacja o rodzaju stosowanych środków nie ma żadnej wartości gospodarczej, która uzasadniałaby utajnienie informacji przed innymi wykonawcami.

W konsekwencji powyższego Odwołujący przekonywał, że został pozbawiony możliwości zweryfikowania czy środki, których FUDEKO zamierza używać podczas realizacji zamówienia odpowiadają wymaganiom wyrażonym w OPZ.

Zdaniem Odwołującego - nie znajduje również uzasadnienia jako zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zastrzeżenie jakichkolwiek informacji o pojeździe, z którego FUDEKO będzie korzystał podczas realizacji zamówienia (elementem przedmiotowego środka dowodowego obligatoryjnie miał być wykaz środków transportu wewnętrznego przeznaczonych do przewożenia materacy, bielizny itp. tj. co najmniej 1 pojazd). FUDEKO nie przedstawiło żadnego uzasadnienia, dlaczego te informacje powinny pozostać zastrzeżonymi jako tajemnica przedsiębiorstwa. Korzystanie z pojazdów w usługach sprzątnia tego typu jest standardem, a wykaz pojazdów nie zawiera żadnych informacji, którym można byłoby przypisać wartość gospodarczą.

Zdaniem Odwołującego - zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa całości załącznika zamiast zastrzeżenia w nim informacji spełniających wymagania, o których mowa w art, 11 ust. 2 UZNK jest działaniem nieprawidłowym.

W związku z tym Odwołujący wyraził przekonanie, że powołując się na art. 18 ust. 3 ustawy Pzp nie mogą zastrzegać w postępowaniu o udzielenie zamówienia całych dokumentów, lecz zobowiązani są do dążenia do minimalizacji zastrzeganych informacji, aby zastrzegać wyłącznie zakres danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

W konsekwencji należy uznać, że FUDEKO chcąc zastrzec informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa powinno dokonać wydzielenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, przykładowo w sposób powszechnie praktykowany w przypadku zastrzegania jako tajemnicy wyjaśnień rażąco niskiej ceny, gdzie:

- w załączniku jawnym wykonawcy utajniają jedynie krótkie fragmenty, które rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a w pozostałym zakresie, tj. niestanowiącym tajemnicy dokument ma charakter jawny,
- w załączniku w całości utajnionym (treściowo tożsamym z załącznikiem jawnym) pełna treść dokumentu dostępna jest do wyłącznej wiadomości Zamawiającego, aby możliwe było zestawienie informacji o charakterze jawnym z informacjami o charakterze zastrzeżonym.

Odwołujący zaprezentował pogląd, że niewyodrębnienie z treści OPISU informacji potencjalnie stanowiących rzeczywistą tajemnicę przedsiębiorstwa lecz zastrzeżenie całego dokumentu w sytuacji, gdy wymagania Zamawiającego mają charakter ogólny stanowi działanie, którego celem jest uniemożliwienie konkurencyjnym wykonawcom weryfikacji OPISU celem ustalenia, czy sposób świadczenia usługi jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego.

Niezależnie jednak od tego, Odwołujący wywodził, czy:

- Wykonawca w opisany w ramach przykładu sposób zastrzegł załącznik jako tajemnicę przedsiębiorstwa (prezentując informacje w pliku jawnym i utajnionym)
- zaniechał takiego działania i zastrzegł cały załącznik jako tajemnicę przedsiębiorstwa, okoliczność ta nie zwalnia Zamawiającego z prowadzenia postępowania zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 18 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. A zatem w przypadku oceny, że w jednym dokumencie część informacji podlega zastrzeżeniu na podstawie art. 11 ust. 2 UZNK a pozostałe informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, to Zamawiający powinien w odpowiedni sposób udostępnić ten załącznik w odpowiedzi na wniosek złożony na podstawie art. 74 ust. 2 ustawy Pzp. Zaniechanie w tym zakresie świadczy o tym, że Zamawiający naruszył zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że w przypadku, który ma miejsce w postępowaniu, w odpowiedzi na jego wniosek skierowany na podstawie art. 74 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający odesłał załączone do oferty FUDEKO uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co pozwala na stwierdzenie, iż w ocenie Zamawiającego cały OPIS FUDEKO zawiera informacje spełniające przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 UZNK.

Według Odwołującego - ocena ta jest oceną nieprawidłową, bowiem jak Odwołujący wskazywał we wcześniejszej części niniejszego odwołania, z uwagi na charakter przedmiotowego środka dowodowego, jakim jest OPIS, dokument ten miał potwierdzać zgodność z wymaganiami wyrażonymi w OPZ, a więc z jawnymi wymaganiami i cechami usługi utrzymania czystości i wewnętrznego transportu szpitalnego, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji powyższego Zamawiający był zobowiązany do udostępnienia OPISU.

Podkreślił, iż samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest sporządzone na takim poziomie ogólności, iż nie wskazuje aby informacje zawarte w OPISIE rzeczywiście posiadały wartość gospodarczą. FUDEKO zastrzegając tajemnicę merytoryczną, lecz bardzo ogólne uzasadnienie sporządziło jedynie na stronach 3 i 4, pozostałe strony uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy wskazują na orzecznictwo dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa i ogólne informacje o tym, jakie informacje mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, a także wskazanie środków mających na celu zachowanie informacji w poufności. Tym bardziej więc z racji lakoniczności merytorycznego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa uznanie, że OPIS w całości zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa narusza art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp. Sporządzone przez FUDEKO zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w istocie mogłoby być zastosowane w każdym innym postępowaniu na świadczenie jakiegokolwiek innej usługi. FUDEKO nie wykazało żadnych informacji o ewentualnym rozmiarze szkody, której doznałoby w przypadku udostępnienia informacji.

Odwołujący zauważył, że zgodnie z oświadczeniem FUDEKO podjęło ono szereg czynności mających na celu ciągle pozyskiwanie wiedzy niezbędnej dla dalszego rozwoju przedsiębiorstwa w kierunku świadczenia usług specjalistycznego sprzętania na jak najwyższym poziomie - z żadnych dokumentów załączonych do oferty FUDEKO nie wynika, aby jakiegokolwiek takiego rodzaju działania zostały podjęte, jakie to były działania ani jakie realne korzyści wynikające z tych działań FUDEKO osiągnęło. W konsekwencji twierdzenie to należy uznać za niewykazane.

Zarzucił również, że w zakresie środków podjętych w celu zachowania informacji w poufności FUDEKO do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy załączyło zaledwie jeden jawny dokument, którym jest Zarządzenie wewnętrzne Prezesa Zarządu Fudeko S. A. nr 1/2022 z dnia 22 grudnia 2022 r. dotyczące zasad zachowania poufności przez pracowników Fudeko S. A. (drugi z dokumentów, którym jest „Oświadczenie podmiotu odpowiedzialnego za zabezpieczenia informatyczne w przedsiębiorstwie Wykonawcy” również bezpodstawnie zastrzeżono jako tajemnicę przedsiębiorstwa).

Wskazał, że wymienione przez FUDEKO na stronie 8 uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa środki techniczne i organizacyjne, mające na celu zachowanie informacji w poufności są tak ogólne, że stosuje je standardowo każdy przedsiębiorca. Środki takie jak system kontroli dostępu do pomieszczeń, monitoring, system alarmowy, unikatowe loginy itd. stosują niemalże wszyscy przedsiębiorcy, środki te są typowe i standardowe u każdego mniejszego czy większego wykonawcy.

Według Odwołującego - FUDEKO nie wykazało żadnych specyficznych i specjalnych środków, jakimi chroni dokumenty takie jak OPIS i dokumenty do nich podobne, w konsekwencji należy stwierdzić, że wymienione środki w treści uzasadnienia ani Zarządzenie wewnątrz Prezesa Zarządu Fudeko S. A. nr 1/2022 z dnia 22 grudnia 2022 r. dot. zasad zachowania poufności przez pracowników Fudeko S. A., jako niezwiązane ściśle z zakresem informacji podlegających utajnieniu nie są środkami właściwymi do wykazania działań mających na celu utrzymanie w poufności informacji zawartych w OPISIE.

W konsekwencji powyższego – w opinii Odwołującego - FUDEKO nie sprostало obowiązkowi wynikającemu z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, tj. nie wykazało, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa zarówno pod względem merytorycznym zastrzeżonych informacji ani pod względem podjętych działań mających na celu utrzymanie informacji w poufności. Zamawiający nieprawidłowo ocenił zastrzeżone informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W konsekwencji powyższego informacje powinny zostać potraktowane jako jawna część oferty i udostępnione Odwołującemu na wniosek złożony na podstawie art. 74 ust. 2 ustawy Pzp.

3.Zarzut ewentualny - naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty z powodu niezgodności oferty z warunkami zamówienia.

W związku z okolicznościami wskazanymi w ust. 2 niniejszego odwołania, wobec ewidentnego utajnienia OPISU celem uniemożliwienia konkurencyjnym wykonawcom pozyskania wiedzy o sposobie świadczenia usługi Odwołujący stwierdził, że działanie FUDEKO ma na celu zachowanie w poufności treści OPISU, aby nie ujawniać niezgodności OPISU z warunkami zamówienia. OPIS sporządzony przez FUDEKO jako niezgodny z warunkami zamówienia powinien skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Odwołujący wobec naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, o których mowa w zarzucie wskazanym w ust. 2 powyżej został pozbawiony możliwości

przedstawienia szerszego uzasadnienia co do niezgodności oferty FUDEKO z warunkami zamówienia.

W przedmiotowej sprawie zgłosili swoje przystąpienia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Fudeko S.A. z siedzibą w Gdyni, Fudeko Med sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni.

Pismem z dnia 4 marca 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odwołań, oferty Przystępujących, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 4 marca 2024 r. wraz załączonymi dowodami, pisma procesowego Przystępującego Konsorcjum Fudeko z dnia 4 marca 2024 r. wraz załączonymi dowodami, pisma Przystępującego z dnia 11 stycznia 2024 r. wraz załączonymi dowodami, jak również na podstawie złożonych przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołania nie zawierały braków formalnych, wpisy zostały przez Odwołujących uiszczone, zatem odwołania podlegały rozpoznaniu.

W pierwszej kolejności Izba jednak stwierdziła istnienie przesłanek do odrzucenia odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 584/24 w zakresie zarzutu nr 3 odwołania dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 18 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 wraz ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 poz. 1233) i do odrzucenia odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 585/24 w zakresie zarzutu nr 2 odwołania dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233) w związku z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 513 ustawy Pzp odwołanie przysługuje na:

1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarciu umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów,

systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy;

2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy;

3) zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.

W rozpoznawanych sprawach odwołanie przysługiwało na czynność odmowy udostępnienia pełnej treści złożonej przez Przystępującego oferty oraz na zaniechanie czynności odtajnienia nieujawnionej treści tej oferty.

Jednocześnie zgodnie z art.515 ust.1 lit. a) ustawy Pzp odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Natomiast w myśl przepisu art.515 ust.3 pkt 1) ustawy Pzp odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

Z ustaleń Izby wynika, że w czynność otwarcia ofert była dokonana w dniu 30 stycznia 2024 r.

Wymaga wskazania, że art.74 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp przewiduje, że załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie.

Według zapatrywania Izby - już w dniu otwarcia ofert wykonawcy mieli prawną możliwość żądania od Zamawiającego udostępnienia pełnej treści ofert, a Zamawiający był zobowiązany w najpóźniej w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert do dokonania czynności udostępnienia oferty Przystępującego.

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 584/24 nie skorzystał z tego prawa nie żądając od Zamawiającego udostępnienia oferty Przystępującego, co w przypadku odmowy odtajnienia części złożonych z ofertą dokumentów prowadziło do otwarcia mu drogi odwoławczej, gdzie bieg terminu do wniesienia odwołania rozpocząłby się w dniu następującym po upływie wskazanego wyżej terminu trzydniowego terminu i zakończyłby swój bieg 12 lutego 2024 r.

W sprawie o sygn. akt KIO 585/24 w dniu otwarcia ofert (30 stycznia 2024 r.) Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami m.in. 1) ofertami wszystkich wykonawców, a już w dniu 31 stycznia 2024 r. ten przesłał mu dokumenty, w tym oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu – część jawną.

Powyższa informacja – zdaniem Izby – stanowiła czynność odmawiającą Odwołującemu dostępu do dokumentów zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa i bieg terminu do wniesienia odwołania należało liczyć począwszy od dnia następującego po dniu 31 stycznia 2024 r. i upływał do dnia 12 lutego 2024 r., podczas gdy odwołanie zostało wniesione dopiero w dniu 22 lutego 2024 r.

Przechodząc do merytorycznego omówienia przedmiotowej sprawy Izba po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.16 i art.17 ustawy Pzp, art.223 ust.1, art. 224 ust. 1, art.226 ust.1 pkt 5 i pkt 10 oraz art.239 ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowymi istotnymi zagadnieniami wymagającymi rozstrzygnięcia były kwestie oceny czy Zamawiający powinien wezwać Przystępujących do wyjaśnienia ceny ich ofert z powodu domniemania istnienia rażąco niskiej ceny, a także czy oferta Przystępującego Fudeko powinna zostać odrzucona z powodu wystąpienia w niej błędu w obliczeniu ceny.

Przechodząc do omówienia stanowiska Izby odnośnie zarzutu zaniechania przez Zamawiającego wezwania Przystępującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wymaga zaznaczenia, że Odwołujący oparł swój zarzut jedynie o dyspozycję przepisu art.224 ust.1 ustawy Pzp.

Stosownie do brzmienia powołanego wyżej przepisu prawa 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.

Według zapytywania Izby – Odwołujący nie wykazał przesłanki istnienia obiektywnego stanu rzeczy polegającego na tym, że zaoferowana przez Przystępującego cena mogła wydawać się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także nie udowodnił tego, że po stronie Zamawiającego mogły powstać wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ.

W przekonaniu Izby - Zamawiający i Przystępujący udowodnili, że w zakresie metod kalkulacji kosztów miesięcznych Odwołujący w innych przetargach w przeszłości Odwołujący zupełnie inaczej ujmował kalkulacyjnie strukturę kosztów miesięcznych utrzymania czystości i czynności wykonywanych przez sanitariuszy niż uczynił to w obecnym przetargu.

Izba ustaliła, że w sprawie nr ZP 33/20 będącej przetargiem o analogicznym zakresie przedmiotowym w załączniku nr 2 do SIWZ – kalkulacji kosztów miesięcznych Odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 584/24 wykalkulował koszt miesięczny za **utrzymanie czystości** we wszystkich trzech strefach w kwocie **162 896, 08 zł**, podczas gdy za **czynności wykonywane przez sanitariuszy, w tym wewnętrzny transport** medyczny w kwocie **618 915, 00 zł**.

Natomiast, w obecnym przetargu nr ZP 45/23 w załączniku nr 2 do SIWZ – kalkulacji kosztów miesięcznych Odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 584/24 wykalkulował koszt miesięczny za **utrzymanie czystości** we wszystkich trzech strefach w kwocie **681 622, 20 zł** (konsorcjum Fudeko – 157 861, 29 zł, konsorcjum Ever Medical Care – 107 599, 62 zł), podczas gdy za **czynności wykonywane przez sanitariuszy, w tym wewnętrzny transport medyczny** w kwocie **130 793, 00 zł** (konsorcjum Fudeko – 644 164, 06 zł, konsorcjum Ever Medical Care – 738 504, 80 zł).

Odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 584/24 na rozprawie przyznał, że w poprzednich postępowaniach przetargowych nieprawidłowo przypisywał koszty, lecz nie wyjaśnił szczegółów tych rozbieżności zasłaniając się tajemnicą handlową.

Takie oświadczenie Odwołującego doprowadziło Izbę do wniosku, że wykonawcy mają pełną swobodę do kształtowania struktury kosztów w ramach ceny całkowitej i jej

zróznicowanie nie jest to równoznaczne z manipulowaniem ceną główną i nie może stanowić czynu nieuczciwej konkurencji.

W dalszej kolejności wymaga podkreślenia, że uruchomienie procedury, o której mowa w art.224 ust.1 ustawy Pzp dotyczy jedynie ceny całkowitej lub jej istotnej części składowej.

Cena całkowita w rozumieniu powołanego wyżej przepisu prawa była wskazana w formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, a co do tej ceny jako całości Odwołujący nie sformułował zastrzeżeń, zaś przedmiotem jego obiekcji były jedynie koszty kalkulacyjne z formularza Kalkulacji kosztów miesięcznych stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ.

Z ustaleń Izby wynika, że Zamawiający nie przewidział na gruncie SWZ obowiązku przedłożenia wraz z ofertą powyższej Kalkulacji kosztów miesięcznych, miała być ona dołączona jedynie do samej umowy. Takie przedłożenie tej kalkulacji wraz z ofertą mogło być jedynie przez uczestników przedmiotowego przetargu dorozumiane, jako element ewentualnego rozliczenia z tytułu wyłączenia danej komórki organizacyjnej Zamawiającego zgodnie z regułą określoną w § 4 ust.5 załącznika nr 6 do SWZ.

Jeżeli zatem kalkulacja ta nie była obligatoryjna na etapie oceny i badania ofert, co przyznał Zamawiający, a co wynika z samej treści SWZ nie przewidującej takiego załącznika do oferty, to wartości tam deklarowane przez wykonawców nie mogły stanowić podstawy do wszczęcia procedury wyjaśnienia możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny.

Niezależnie od powyższej argumentacji na uwagę zasługuje również fakt, że ceny całkowite ofert Przystępujących nie mieściły się w dyspozycji przepisu art.224 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Jeżeli zatem nie było przekroczenia powyższych progów procentowych, to nie sposób uznać, że cena całkowita ofert konkurencyjnych wykonawców mogła być rażąco niska jako cena nierealna, niewiarygodna, poniżej kosztów świadczenia.

W ocenie Izby – nieuzasadnione i nieproporcjonalne jest badanie wszystkich cen jednostkowych, poza treścią przesłanek z art.224 ust.1 ustawy Pzp, w celu wykazania wykonawcom konkurencyjnym określonych i ewentualnych nieścisłości w ich kalkulacjach zmierzających do doprowadzenia ich eliminacji z przedmiotowego przetargu.

Odnosnie drugiego odwołania w odniesieniu do zarzutu wystąpienia błędu w obliczeniu ceny w ofercie Przystępującego, Izba uznała go za bezzasadny.

Zgodnie z art.226 ust.1 pkt 10 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Wymaga zauważenia, że Odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 585/24 podważał stawkę podatku VAT przewidzianego w Kalkulacji kosztów miesięcznych jedynie w zakresie transportu wewnętrznego, podczas gdy cytowany przepis dotyczy błędu w obliczeniu ceny poprzez podanie nieprawidłowej stawki podatku VAT dotyczącego ceny zadeklarowanej w ofercie, a nie jednostkowej stawki kalkulacyjnej załączanej jedynie do umowy.

Ponadto, co jest istotne w opisie sposobu obliczenia ceny w rozdziale II pkt 12 lit b zd.1 SWZ Zamawiający postanowił, że cena oferty musi być podana w PLN brutto oraz zawierać wszystkie koszty związane z realizacją/wykonaniem zamówienia i realizacją przyszłego świadczenia umownego.

W składanych ofertach wykonawcy w ogóle nie byli zobowiązani do podania stawki podatku VAT mocą postanowień SWZ, lecz do wskazania jedynie ceny netto i brutto, wobec czego rozważania w tym względzie są w zasadzie bezprzedmiotowe.

Powyższe zapatrywanie Izby - wzmacnia postanowienie rozdziału II pkt 12 lit f SWZ, które jednoznacznie przewiduje, że wykonawca zobowiązany jest zastosować stawkę VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług.

Zdaniem Izby - powyższe zobowiązanie jest jedynie informacją dla wykonawców, że będą zobowiązani do zapłaty tego podatku, lecz w żaden sposób nie przesądza o tym jak ci wykonawcy będą obliczać cenę przy uwzględnieniu tego obowiązku.

Na marginesie, Izba dostrzegła, że tak zadeklarowana w umowie stawka podatku VAT nie jest ostateczna i wiążąca dla stron umowy z tego powodu, że na końcu to właściwy organ podatkowy będzie uprawniony do skorygowania jej wysokości.

Jeżeli zaś chodzi o koszt wskazany w art.226 ust.1 pkt 10 ustawy Pzp, Izba uznała, że jest kosztem w rozumieniu art.245 ust.1 ustawy Pzp dotyczącym kryterium kosztu, które może być oparte na metodzie efektywności kosztowej, jaką jest rachunek kosztów cyklu życia.

Bezspornym jest, że Zamawiający kryterium kosztu na gruncie SWZ nie przewidział, a w związku z tym przypisanie możliwości wystąpienia błędu w obliczeniu tego kosztu jest nieuzasadnione.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie, zaś w zakresie zarzutu nr 3 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 584/24 i w zakresie zarzutu nr 2 w sprawie o sygn. akt KIO 584/24 postanowiła odwołanie odrzucić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....