

Sygn. akt: KIO 576/21

WYROK

z dnia 19 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 kwietnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ANN-POL INWESTYCJE 7 – Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, ANN-POL INWESTYCJE 8 – Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, ANN-POL INWESTYCJE 11 – Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, ANN-POL INWESTYCJE 12 – Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, ANN-POL INWESTYCJE 13 – Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, ANN-POL INWESTYCJE 14 – Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, ANN-POL INWESTYCJE 18 – Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu oraz Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wrocław, w imieniu której działają Wrocławskie Mieszkania Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,****

przy udziale wykonawcy **S&A Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 576/21 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 1, 3 i 4, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w ww. zadaniach, w tym odrzucenie oferty wykonawcy **S&A Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.)
2. Oddała odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego w części 1/2 oraz Odwołującego w części 1/2 i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 9 300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy).

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Wrocław, w imieniu której działają Wrocławskie Mieszkania Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *świadczenie usług utrzymania stałej czystości i porządku budynków stanowiących własność Gminy Wrocław oraz stałej czystości i porządku miejsc zbierania odpadów stałych z nieruchomości Gminy Wrocław* (znak postępowania: WM/SZP/PN/85/2020/G).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 245-607836.

Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”].

Mając na uwadze, iż odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2021 r., do przedmiotowego postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) [dalej „ustawa nPzp”].

W dniu 22 lutego 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ANN-POL INWESTYCJE 7 – Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, ANN-POL INWESTYCJE 8 – Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, ANN-POL INWESTYCJE 11 – Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, ANN-POL INWESTYCJE 12 – Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, ANN-POL INWESTYCJE 13 – Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, ANN-POL INWESTYCJE 14 – Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, ANN-POL INWESTYCJE 18 – Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu oraz Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu [dalej „Odwołujący”] wnieśli odwołanie w zakresie zadania nr 1, 3 i 4 zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (dalej: „*uznk*”) poprzez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę S&A Service

Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (str. 4 wyjaśnień z dnia 3 lutego 2021 r.) w zakresie zadania nr 1, zadania nr 3 i zadania nr 4 oraz załącznika 2 do wyjaśnień „przykładowe rabaty u dostawców” i załącznika nr 3 do wyjaśnień „oferty podwykonawców”, mimo że zastrzeżone przez S&A Service informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa;

ewentualnie w przypadku uznania przez Izbę, że ww. zarzut podlega oddaleniu:

2. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty S&A Service Sp. z o.o. w zakresie zadania nr 1, zadania nr 3 i zadania nr 4, pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień prowadzącą do uznania, że cena zaoferowana przez S&A Service nie jest rażąco niska.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty S&A Service, jako oferty najkorzystniejszej w ramach zadania nr 1, zadania nr 3 i zadania nr 4;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu;
3. odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu dokumentów objętych przez S&A Service ochroną, jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. odtajnienia str. 4 wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez S&A Service w zakresie zadania nr 1, zadania nr 3 i zadania nr 4 oraz załącznika nr 2 do wyjaśnień „przykładowe rabaty u dostawców” i załącznika nr 3 do wyjaśnień „oferty podwykonawców”;
4. odrzucenia oferty S&A Service w zakresie zadania nr 1, zadania nr 3 i zadania nr 4;
5. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w ramach zadania nr 1, zadania nr 3 i zadania nr 4.

W uzasadnieniu odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy S&A Service Sp. z o.o. Odwołujący wskazał, że Zamawiający udostępnił Odwołującemu dokumentację postępowania, z której wynika, że S&A Service w dniu 3 lutego 2021 r. przedstawił wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny dla zadania nr 1, zadania nr 3 i zadania nr 4. Odwołującemu została udostępniona jedynie część pisma S&A Service z dnia 3 lutego 2021 r. - bez strony 4 (na której w wersji wyjaśnień udostępnionej Odwołującemu znajduje się informacja „Tajemnica przedsiębiorstwa”). Jak wynika ze spisu załączników zamieszczonego na stronie 8 wyjaśnień, do wyjaśnień zostały dołączone 4 dokumenty (dowody). Załącznik nr 1 przykładowe referencje w podobnym zakresie prac i załącznik nr 4 kalkulacja kosztów, które zostały udostępnione Odwołującemu oraz pozostałe

dwa załączniki: załącznik nr 2 do wyjaśnień „przykładowe rabaty u dostawców”, załącznik nr 3 do wyjaśnień „oferty podwykonawców”, które zostały objęte przez S&A Service ochroną, jako tajemnica przedsiębiorstwa i nie zostały udostępnione Odwołującemu. Odwołujący przedstawił argumentację prawną dotyczącą zasady jawności postępowania oraz definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Wskazał, że zastrzeżenie przez S&A Service str. 4 wyjaśnień oraz załączników nr 2 i nr 3 do wyjaśnień jest bezpodstawne.

Odnosząc się do kwestii zastrzeżenia poufności wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez S&A Service Odwołujący wskazał, że z całą pewnością nie wszystkie informacje objęte przez S&A Service ochroną stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa - wobec czego tak dokonane zastrzeżenie poufności jest działaniem bezpodstawnym. Działanie to jednocześnie faktycznie faworyzuje S&A Service, bowiem niemożność zapoznania się przez Odwołującego z treścią złożonych wyjaśnień i załączników do wyjaśnień znacząco utrudnia chociażby weryfikację poprawności działań Zamawiającego dotyczących oceny złożonych wyjaśnień i wyboru oferty ww. wykonawcy jako najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1, zadania nr 3 i zadania nr 4. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2014 r. sygn. akt: KIO 2875/13.

Dalej Odwołujący wskazał, że za nieuzasadnione należy uznać zastrzeżenie całości str. 4 wyjaśnień złożonych przez S&A Service oraz załączników do tych wyjaśnień, w sytuacji, gdy mogą one zawierać także informacje niezasługujące na ochronę, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 24 lutego 2017 r. sygn. akt: KIO 242/17. Uzasadniał, że nie jest możliwe całościowe, ogólne zastrzeżenie dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tylko ze względu na to, iż w jego treści mogły znaleźć się pojedyncze informacje, które zdaniem wykonawcy podlegają ochronie na podstawie art. 11 ust. 2 uznk. Utajnieniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje, słowa/wyrażenia, które spełniają wszystkie warunki wymagane dla zastosowania wyjątku, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Tak m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 lipca 2015 r. sygn. akt: KIO 1229/15.

W świetle powyższego, Zamawiający powinien, co najwyżej zastrzec wybrane elementy z wyjaśnień rażąco niskiej ceny (str. 4 wyjaśnień) oraz załączników nr 2 i 3 do wyjaśnień złożonych przez S&A Service, o ile faktycznie znajdują się w nich dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Utajnienie całości wyjaśnień i załączników jest zdecydowanie zbyt daleko idącym działaniem ze strony Zamawiającego zwłaszcza, że uczynione w kontekście wyjaśnień rażąco niskiej ceny, może w praktyce uczynić przysługujące wykonawcy instrumenty prawne, w postaci prawa do odwołania, iluzorycznymi. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2011 r. sygn. akt: KIO 1072/11.

Odwołujący argumentował, że wykonawca zastrzegający całościowo wyjaśnienia

ceny musi liczyć się z tym, że w przypadku uznania bezzasadności takiego działania odtajnieniu będą podlegały wyjaśnienia w szerszym zakresie niż gdyby wykonawca działał z należytą starannością. Nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności wyjaśnień jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji jej prawidłowości, a w konsekwencji weryfikacji działań Zamawiającego polegających na ocenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz ocenie zasadności zastrzeżenia tych informacji, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Utrzymanie takiego zastrzeżenia, stanowi naruszenie nie tylko art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp, ale również zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, iż przedstawione przez S&A Service uzasadnienie objęcia informacji zawartych w wyjaśnieniach ochroną, jako tajemnica przedsiębiorstwa jest ogólne i w żaden sposób nie potwierdza zasadności poczynionego utajnienia:

a) ogranicza się ono do stwierdzenia, że zastrzeżone informacje mają charakter technologiczny i organizacyjny oraz nie zostały podane do publicznej wiadomości a także, że podjęto wobec nich działania związane z zachowaniem ich w poufności. Poza stwierdzeniem, że zastrzeżone informacje mają charakter technologiczny i organizacyjny, S&A Service nie przedstawił żadnego uzasadnienia wskazującego, dlaczego zastrzeżone informacje należy uznać za informacje o takim właśnie charakterze. Brak jakiegokolwiek argumentacji w tym zakresie;

b) S&A Service nie odniósł się również w żaden sposób do wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym (lub jeszcze innym) dla przedsiębiorstwa może być przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą (jest źródłem zysku lub pozwala na zaoszczędzenie kosztów) dla przedsiębiorcy dzięki temu, że pozostanie poufna (tak w wyroku KIO z dnia 11 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 963/19). S&A Service nie sprecyzował i nie wykazał w ramach uzasadnienia przedstawionego w wyjaśnieniach, w jaki konkretnie sposób odtajnienie danej informacji osłabiłoby jego pozycję rynkową;

c) istotne wątpliwości budzi również oświadczenie o zachowaniu tajemnicy przedsiębiorstwa, którego wzór został zamieszczony na str. 7 wyjaśnień. Przedmiotowe oświadczenie zostało złożone w formie wzoru oraz jest bardzo ogólne, co powoduje, że nie sposób uznać, iż informacja o jego stosowaniu jest wiarygodna, a taki dokument rzeczywiście istnieje;

d) Jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie Izby przedstawienie samych wyjaśnień (zwłaszcza ogólnych) bez dołączenia do nich odpowiednich dowodów jest niewystarczające (tak KIO w wyroku z dnia 16 lutego 2018 r. sygn. akt: KIO 200/18).

Podsumowując wskazał, że S&A Service nie sprostął ciężącemu na nim ciężarowi

wykazania, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a zatem uznanie przez Zamawiającego takiego zastrzeżenia za skuteczne stanowi naruszenie art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp, oraz zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty S&A Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu jako zawierającej rażąco niską cenę Odwołujący podniósł, iż Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny wyjaśnień prowadzącej do uznania, że oferta złożona przez S&A Service nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Następnie Odwołujący przedstawił ogólny wywód prawny dotyczący problematyki rażąco niskiej ceny, w tym ciężaru dowodu oraz charakteru wyjaśnień składanych przez wykonawcę.

Odwołujący wskazał, iż S&A Service zobowiązany był do udowodnienia, iż zaoferowana przez niego cena za realizację przedmiotu zamówienia w zakresie zadania nr 1, zadania nr 3 i zadania nr 4 ma charakter realny, znajduje odzwierciedlenie w nakładach, które należy ponieść na zrealizowanie przedmiotu zamówienia oraz iż zachodzą po jego stronie obiektywne czynniki, które umożliwiają obniżenie ceny oferty do zaoferowanego poziomu. Wykonawca powinien był przedstawić wyjaśnienia konkretne i wyczerpujące, wraz z dołączeniem dowodów na potwierdzenie podnoszonych twierdzeń i wskazywanych wartości.

W ocenie Odwołującego cena zaoferowana przez S&A Service nie ma charakteru realnego, nie jest ceną rynkową i nie pozwala na należyte wykonanie umowy. Zamawiający nieprawidłowo ocenił złożone przez S&A Service wyjaśnienia przyjmując, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez S&A Service nie została udostępniona Odwołujący w całości (Odwołujący nie mógł się zapoznać z informacjami zawartymi na str. 4 wyjaśnień) oraz załącznikami nr 2 i 3 do wyjaśnień, niemniej jednak w przypadku, gdy wyjaśnienia są ogólnikowe, niepoparte dowodami lub nieodpowiadające na wystosowane wezwanie powinny być uznane za niewystarczające w świetle art. 90 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Odwołujący wskazał na okoliczności świadczące, że cena zaoferowana przez S&A Service ma charakter ceny rażąco niskiej, a Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny wyjaśnień złożonych przez ww. wykonawcę:

a) podane w wyjaśnieniach S&A Service okoliczności wskazujące na oszczędność metody wykonania zamówienia nie mogą zostać uznane za okoliczności właściwe tylko temu wykonawcy. Zarówno doświadczenie w realizacji podobnych usług, rabaty czy upusty cenowe na zakup i serwis sprzętu oraz fakt zatrudniania doświadczonych pracowników są okolicznościami właściwymi wszystkim wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Ponadto, nie wskazano, w jaki sposób wpływają one

(przekładają się) na możliwość obniżenia ceny zaoferowanej przez S&A Service za realizację zamówienia w zakresie zadania nr 1, zadania nr 3 i zadania nr 4;

b) Odwołujący zwrócił uwagę na opis załącznika nr 2 do wyjaśnień, czyli „*przykładowe rabaty u dostawców*”. Skoro są to jedynie przykładowe rabaty to nie można mieć pewności czy i w jakim zakresie znajdą one zastosowanie do sprzętu i środków wykorzystywanych na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia;

c) jawna część wyjaśnień złożonych przez S&A Service prowadzi do wniosku, że wykonawca ten nie odniósł się w żaden sposób do konkretnych okoliczności żądanych przez Zamawiającego w treści wezwania, które zostały przytoczone w pkt I ppkt 2 uzasadnienia odwołania. Brak jakiegokolwiek odniesienia do kosztów związanych z zagospodarowaniem odpadów;

d) przede wszystkim wskazał, że analiza załącznika nr 4 do wyjaśnień „*kalkulacja kosztów dla zad. nr, zad. nr 3 oraz zad. nr 4*”, prowadzi do wniosku, że cena zaoferowana przez S&A Service nie uwzględnia m.in. podstawowych kosztów związanych z nadzorem oraz zastępstwami na czas urlopu.

Odnośnie kosztów zastępstwa na czas urlopu Odwołujący wskazał na wymagania zawarte w rozdziale III pkt 4 SIWZ. Z uwagi na powyższe, oprócz wynagrodzenia pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, S&A Service zobowiązane było do uwzględniania w kalkulacji również kosztów urlopowych pracowników. W kalkulacji dołączonej przy wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny S&A Service nie uwzględniło kosztów związanych z zastępstwami na czas urlopu, które przy założeniach wskazanych w wyjaśnieniach kształtują się następująco: dla zadania pierwszego - 911,13 zł w skali miesiąca, dla zadania trzeciego - 1927,39 w skali miesiąca, dla zadania czwartego - 1366,70 w skali miesiąca, co wynika z rachunku matematycznego: Ilość zakładanych etatów x koszt etatu x wartość zastępstw urlopowych w wymiarze urlopu 26 dni (10,3%).

e) w kalkulacji nie uwzględniono kosztów zastępstwa chorobowego, co przy trwającej od blisko roku pandemii koronawirusa, jest kluczowym czynnikiem wpływającym na koszty wykonawcy przy realizacji zamówienia. Obecnie kwarantanna jest nakładana automatycznie w przypadku podejrzenia zachorowania wirusem sars-cov 19 przez każdą osobę, która zgłosi się z symptomami do lekarza pierwszego kontaktu i obowiązuje do czasu wykonania testu, kolejno trzeba uwzględnić koszty z dalszą izolacją pracownika i jego powrotem do zdrowia. S&A Service nie uwzględniło żadnej kwoty na to przeznaczonych, co dowodzi niedoszacowania oferty.

f) uzasadnione wątpliwości, co do prawidłowości kalkulacji i możliwości realizacji za cenę zaoferowaną przez S&A Service przedmiotu zamówienia budzi również fakt, że jak wynika z kalkulacji dla omawianych zadań wykonawca przewidział udział odpowiednio jedynie 2,6 etatów dla zadania nr 1; 3,5 etatów dla zadania nr 3 i 5,5 etatów dla zadania nr 4. Ilości te są

znacznie mniejsze niż ilości etatów zadeklarowanych przez S&A Service w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny złożonych w analogicznym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego na początku 2020 r.

g) Odwołujący wskazał, że biorąc pod uwagę metraż przewidziany do sprzątnięcia w ramach każdego z zadań należy dojść do wniosku, że nie jest możliwe zapewnienie na nim wymaganych przez Zamawiającego usług (zamiatanie klatek schodowych, kabin dźwigowych, platform dla niepełnosprawnych i wiatrołapów - 5 x w tygodniu) przez jednego pracownika.

1. zadanie nr 1 - rej. D,E - w ok. 64 budynkach gminnych o łącznej powierzchni przeznaczanej do wykonania usługi 19 758,52 m²

ilość przeznaczonych etatów 2,6 (w 2020 - 3,5 etatów)

metraż dziennego zamiatania na osobę 7 599,43 m² (w 2020 był 5 936,70 m²)

+ dodatkowo czterokrotne w miesiącu usługi mycia powierzchni płaskich klatek schodowych, korytarzy i stopnic schodowych przez te same osoby.

2. zadanie nr 3 - rej. J,K - w ok. 212 budynkach gminnych o łącznej powierzchni przeznaczanej do wykonania usługi 30 101,38 m²

ilość przeznaczonych etatów 5,5 (w 2020- 7)

metraż dziennego zamiatania na osobę 5 472,98 m² (w 2020-4 378,06 m²) + dodatkowo czterokrotne w miesiącu usługi mycia powierzchni płaskich klatek schodowych, korytarzy i stopnic schodowych przez te same osoby.

3. zadanie nr 4 - rej. C,L - w ok. 90 budynkach gminnych o łącznej powierzchni przeznaczanej do wykonania usługi 34 227,71 m²,

ilość przeznaczonych etatów 3,9 (w 2020 - 5)

to jest metraż dziennie zamiatania na osobę 8776,15 m² (w 2020 7152,54 m²)

+dodatkowo czterokrotne w miesiącu usługi mycia powierzchni płaskich klatek schodowych, korytarzy i stopnic schodowych przez te same osoby.

h) mimo iż zakres obowiązków (częstotliwość prac jak i wielkość powierzchni) nie uległ zmniejszeniu w stosunku do prowadzonego poprzednio przez Zamawiającego postępowania dotyczącego analogicznego zakresu, ilość zatrudnienia przewidziana i skalkulowana w ofercie S&A Service uległa znacznemu obniżeniu dla zadania pierwszego aż o 26%, z kolei dla zadania nr 3 i nr 4 o 21% i 22%;

i) jeśli chodzi o dodatkowe czynności związane z miejscami zbierania odpadów (dalej MZO) - miejsca zbierania odpadów, oczyszczanie wiat, wynoszenie gabarytów, w tym przypadku konieczny jest transport i co najmniej dodatkowe dwie osoby do obsługi MZO w ilości:

zadanie nr 1 - rej. D,E - liczba miejsc gromadzenia odpadów przewidzianych do obsługi 29;

zadanie nr 3 - rej. J,K - liczba miejsc gromadzenia odpadów przewidzianych do obsługi 167;

zadanie nr 4 - rej. C,L - liczba miejsc gromadzenia odpadów przewidzianych do obsługi 55,

j) oraz k) S&A Service zgodnie z SIWZ oświadczyła, że w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia osoby bezpośrednio wykonujące czynności wymienione w załącznikach nr 2 i 3 do umowy polegające na utrzymaniu stałej czystości i porządku budynków oraz stałej czystości i porządku miejsc zbierania odpadów stałych, z wyłączeniem Koordynatorów będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę na warunkach określonych w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy. Pomimo złożenia tego oświadczenia, S&A Service nie wykazała w przedstawionych kalkulacjach kosztów zatrudnienia dla osób sprzątających MZO, użyła jedynie pojęcia „grupa interwencyjna” nie wskazała natomiast kosztów ich zatrudnienia, kosztów eksploatacyjnych samochodu, paliwa etc. Odwołujący wskazał na szereg obowiązków wykonawców związanych z utrzymaniem czystości MZO, o których mowa w załączniku nr 3 do umowy podnosząc, iż nie jest to sporadyczna czynność a istotny element realizacji umowy, którego S&A nie skalkulowało w sposób należyty. Przyjmując jedynie 5 minut jako czas konieczny na uporządkowanie jednego MZO w przypadku dwóch osób to jest ok.: - 4,5 godzin jednokrotnego sprzątnia dla zadania 1, to jest 36 godzin w skali miesiąca, - 28 godzin jednokrotnego sprzątnia dla zadania 3, to jest 224 godzin w skali miesiąca oraz - 9 godzin jednokrotnego sprzątnia dla zadania 4, to jest 72 godzin w skali miesiąca.

Do powyższego należy doliczyć także czas na dojazd, ponieważ miejsca te są od siebie znacząco oddalone. Wynika z tego, że koszt miesięczny samego wynagrodzenia grupy interwencyjnej nieujęty w kalkulacji S&A dla poszczególnych zadań to 797,04 zł dla zadania 1, 4961,60 zł dla zadania 3 oraz 1594,80 zł dla zadania 4.

l) nadzór – Odwołujący wskazał, iż S&A Service nie uwzględniono kosztów koordynatora sprzątnia (w kalkulacji przedstawionej przez tego wykonawcę Zamawiającemu w 2020 roku były one uwzględnione). Mimo iż nie musi on być zatrudniony na podstawie umowy o pracę, to nadzorowanie prac na metrażu blisko 85 tysięcy m², (366 kłatkach) i 250 miejsc zbierania odpadów oraz nadzorowanie prac 12 osób, bezsprzecznie wymaga nadzoru, a zatem zaangażowania w toku realizacji przedmiotu zamówienia koordynatora sprzątnia. Dodatkowo do zadań osób nadzorujących należy bieżący kontakt z Zamawiającym w zakresie zleconych prac.

Odwołujący wskazał, iż przyjmując tylko najniższą stawkę godzinową na czynności koordynatora (objazd rejonu, kontakt z pracownikami, nadzorowanie ich prac, kontakt z zamawiającym) w wymiarze: 1 godziny dziennie na zadanie 1, 1,5 godziny dziennie na zadanie 3 oraz 1 godziny dziennie na zadanie 4, otrzymujemy niedoszacowanie wartości oferty za sam nadzór, którego Zamawiający wymaga zgodnie z treścią SIWZ, w wysokości

- 463,05 zł dla zadania 1 - w skali miesiąca (21 dni w miesiącu x 1 godzina pracy x minimalna stawka godzinowa 22,05 zł)
- 694,58 dla zadania 3 - w skali miesiąca (21 dni w miesiącu x 1,5 godziny pracy x minimalna

stawka godzinowa 22,05 zł)

- 463,05 zł dla zadania 4 - w skali miesiąca (21 dni w miesiącu x 1 godzina pracy x minimalna stawka godzinowa 22,05 zł);

m) koordynator by przemieszczać się na lokalizacjach musi dysponować samochodem, którego koszty eksploatacyjne należy także uwzględnić wraz z paliwem - takie koszty nie zostały uwzględnione przez S& Service.

n) Odwołujący podkreślał, że koszty zagospodarowania odpadów we Wrocławiu wzrosły o 36 % w stosunku do zeszłego roku. Pomimo tego łączne zestawienie cen zaoferowanych przez S&A Service z kosztami poza kosztami pracowniczymi - sprzęt, narzędzia, środki chemiczne, grupa interwencyjna (która powinna być zatrudniona na podstawie umowy o pracę) i kosztami zagospodarowania odpadów, prowadzi do wniosku, że S&A Service uwzględniła w każdym z zadań uwzględniła na ten cel kwoty jeszcze niższe niż koszty uwzględnione do kalkulacji przez S&A Service w 2020 r., dla zadania: nr 1 - są one o niższe o 17%, nr 3 - są one o niższe o 3% oraz nr 4 - są one o niższe o 11%.

d) podsumowując, doliczając tylko podstawowe koszty, których nie uwzględniono w kalkulacjach złożonych przez S&A Service - nadzór, koszty grupy interwencyjnej, zastępstwa urlopowe wskazane powyżej S&A Service będzie ponosić straty w skali miesiąca / całego kontraktu w wysokości: dla zadania pierwszego - 2040,51 miesięcznie / 24 486,11 rocznie, dla zadania trzeciego - 7 293,06 miesięcznie / 87 516,72 rocznie oraz dla zadania czwartego 3227,81 miesięcznie / 38 733,68 rocznie. Odwołujący wskazał, iż wynika to z rachunku matematycznego: Wykazany zysk miesięcznie/rocznie przez S&A Service minus wskazane przez odwołującego koszty jakich nie uwzględniono w kalkulacji = strata.

Mając to na względzie Odwołujący zwracał uwagę na fakt, że w kalkulacji powinny być uwzględnione ubezpieczenie firmy, wyposażenie pracowników w środki BHP, odzież roboczą i wszystkie inne koszty związane z obowiązkami jakie na pracodawcę nakłada kodeks pracy, a także koszt pojazdów, paliwo, ich eksploatację itp. Co istotne wykonawca S&A Service świadczy analogiczne usługi dla tego Zamawiającego od marca 2018 roku. Gdyby tak drastyczne cięcia personelu jakich dokonała S&A na cel kalkulacji do przedmiotowego postępowania były realne i możliwym było wykonanie usług w ramach tego kontraktu przy tak małej ilości personelu z pewnością dokonano by takich cięć już po pierwszym roku świadczonej usługi. W ten czas, w zeszłorocznym postępowaniu przy wyjaśnianiu rażąco niskiej ceny uwzględniono by już tak niski poziom zatrudnienia, co nie miało miejsca. Z dużym prawdopodobieństwem więc należy stwierdzić iż przedstawiona przez S&A Service kalkulacja kosztów została skonstruowana wyłącznie na potrzebę obrony przedstawionej ceny oferty, mając niewiele wspólnego z rzeczywistymi kosztami realizacji usługi, celem wyłudzenia zamówienia publicznego.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że ogólnikowość złożonych wyjaśnień czy brak

złożenia dowodów nie może stanowić podstawy do kierowania do wykonawcy kolejnego wezwania do udzielenia dalszych wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp. Na potwierdzenie powyższego stanowiska Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 7 listopada 2017 r. sygn. akt: KIO 2221/17 oraz wyrok KIO z dnia 6 listopada 2017 r. sygn. akt: KIO 2212/17.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 3 marca 2021 r. wniósł o oddalenie odwołania jako oczywiście bezzasadnego.

Odnosnie zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy S&A Service Sp. z o.o. Zamawiający wskazał, że ww. wykonawca wyjaśnił, iż zastrzeżone przez niego informacje takie jak rabaty u dostawców, czy oferty współpracy, są danymi objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa. Są to warunki wynegocjowane indywidualnie, mające charakter technologiczny i organizacyjny firmy i nie podawane do publicznej wiadomości oraz wobec, których podjęto działania związane z zachowaniem ich w poufności. Wykonawca wskazał, że konkurencja posiadając te dane jest w stanie dostosować oferowane przez siebie ceny tak, aby wykluczyć Wykonawcę z rynku usług porządkowych. Wykonawca podjął też działania mające na celu zachowanie w poufności zastrzeżonych danych tzn. stosuje specjalny obieg dokumentów - dokumenty finansowe pomiędzy dostawcami a Wykonawcą przekazywane są bezpośrednio, natomiast dostawy kierowane są na miejsca przeznaczenia co stanowi dodatkowe zabezpieczenie, aby dostępu do danych objętych tajemnicą przedsiębiorstwa nie miały osoby nieupoważnione. Ponadto wykonawca wskazał, iż stosuje wewnętrzne oświadczenia o zachowaniu tajemnicy przedsiębiorstwa - pracownicy wykonawcy podpisują dokument o ochronie informacji o technologii, stosowanym sprzęcie i środkach oraz dostawcach i firmach współpracujących, w którym zobowiązują się do zachowania w tajemnicy służbowej tych danych.

Zamawiający wskazał, iż przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek utajnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę jako poufne, jeżeli wykonawca wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca zastrzegający tajemnicę przedsiębiorstwa musi wykazać, iż podjął czynności w celu utrzymania poufności informacji. Przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie precyzują zakresu lub rodzaju środków, do których przedsięwzięcia zobligowany jest przedsiębiorca, dlatego więc Zamawiający musiał uznać, że wykonawca podjął czynności w celu utrzymania poufności informacji skoro zobowiązał swoich pracowników do zachowania tych informacji w tajemnicy i podpisania stosowanych oświadczeń oraz stosuje specjalną procedurę obiegu dokumentów finansowych mającą na celu zachowanie w poufności informacji o podmiotach współpracujących z Wykonawcą i warunkach tej współpracy. Ponadto informacje o kontrahentach, dostawcach, stosowanych

przez nich rabatach w ocenie Zamawiającego stanowią tajemnice organizacyjne przedsiębiorstwa i są informacjami posiadającymi wartość gospodarczą.

Zamawiający wskazał, że przyjmuje się, iż informacja ma charakter technologiczny, techniczny, jeżeli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się natomiast całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Inne informacje mające wartość gospodarczą to w szczególności informacje handlowe, w ocenie Zamawiającego zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje spełniają kryteria przynajmniej informacji organizacyjnych i handlowych ponadto Wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Zamawiający był więc zobowiązany do ich nieujawniania.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że Odwołujący podnosił już identyczne zarzuty, które były przedmiotem analizy przez KIO w sprawie o sygn. akt: KIO 322/20 i nie zostały przez Izbę uwzględnione.

W zakresie zarzutu, iż oferta wybrana przez Zamawiającego zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał na treść wyjaśnień złożonych przez wykonawcę S&A Service, uzasadniając jednocześnie, że nie są więc prawdziwe zarzuty Odwołującego, że wykonawca złożył nierzetelne, ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia w zakresie ceny i jej istotnych części składowych, a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca wykazał, że w zaproponowanej przez niego cenie oferty zostało uwzględnione wykonanie wszystkich czynności wyszczególnionych w SIWZ, a także dla każdego zadania został uwzględniony zysk. Dodatkowo Zamawiający wskazał na porównanie miesięcznych cen jednostkowych ryczałtowych netto za utrzymanie stałej czystości i porządku 1m² budynków oraz za utrzymanie czystości i porządku 1 miejsca zbierania odpadów, zaoferowanych w zadaniu 1, 3 i 4 przez wykonawcę S&A Service oraz Odwołującego.

Zamawiający podniósł, iż z zestawienia wynika jednoznacznie, że Odwołujący w zadaniu 1. 3 i 4 zaproponował ceny jednostkowe netto za sprzątnięcie 1 miejsca zbierania odpadów dużo niższe od stawek zaoferowanych przez wykonawcę. W związku z tym nie zasługuje na uwzględnienie zarzut Odwołującego, iż oferta wykonawcy zawierała rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, ponieważ sam Odwołujący w ten sposób wykazał możliwość zrealizowania usługi utrzymania stałej czystości i porządku za niższe stawki jednostkowe.

Z kolei jeśliby uznać zarzut Odwołującego za zasadny to jego oferta w/w zadaniach 1, 3 i 4 jako zawierająca jeszcze niższą cenę za utrzymanie czystości i porządku w 1 m², niż oferta S&A Service sp. z o.o. powinna podlegać odrzuceniu, skoro w ocenie Odwołującego jest to cena rażąco niska, za którą nie da się zrealizować usługi. Odwołujący zaoferował

w zadaniach 1, 3 i 4 cenę netto za sprzątnięcie 1 miejsca zbierania odpadów w wysokości 25,00 zł, podczas gdy cena zaoferowaną przez S&A Service sp. z o.o. w zadaniu 1 wyniosła 70,00 zł za 1 mzo, w zadaniu 3: 65,00 zł, w zadaniu 4: 50,00 zł. Tym samym argumenty zawarte w odwołaniu, że usługi nie da się zrealizować za wskazaną przez S&A Service cenę uderzają także w Odwołującego, który we wszystkich zadaniach zaoferował ceny jednostkowe niższe niż S&A Service.

Zamawiający zaznaczył, iż Odwołujący w formularzu ofertowym oświadczył, że konsorcjanci ANN-POL INWESTYCJE 8 sp. z o.o., ANN-POL INWESTYCJE 11 sp. z o.o., ANN-POL INWESTYCJE 12 sp. z o.o., ANN-POL INWESTYCJE 13 sp. z o.o., ANN-POL INWESTYCJE 14 sp. z o.o., ANN-POL INWESTYCJE 18 sp. z o.o., ANN-POL INWESTYCJE 7 sp. z o.o., korzystają ze zwolnienia, o którym mowa w art. 113 ustawy o VAT, w związku z powyższym wszystkie wykazane ceny jednostkowe netto za utrzymanie stałej czystości i porządku 1m² budynków nie podlegają opodatkowaniu, co niewątpliwie umożliwiło Odwołującemu zwiększenie stawek jednostkowych w stosunku do konkurencyjnych ofert złożonych w postępowaniu.

Zamawiający wskazał, że ceny jednostkowe netto za utrzymanie czystości i porządku budynków oraz miejsc zbierania odpadów zaproponowane przez wykonawcę S&A Service w porównaniu do stawek zaoferowanych przez pozostałe konkurencyjne firmy nie były najniższe. Zamawiający przedstawił porównanie cen ofert złożonych w poszczególnych zadaniach i uzasadnił, że potwierdza ono, że ceny jednostkowe zaoferowane w poszczególnych zadaniach przez firmy branżowe, które wzięły udział w przetargu są do siebie bardzo zbliżone, a zatem nie znajduje potwierdzenia zarzut Odwołującego o niedoszacowanej i nierealnej ofercie zaproponowanej przez wykonawcę, która w znacznym stopniu odbiega od aktualnych cen rynkowych, gdyż w rzeczywistości zaoferowane przez wykonawców ceny są zbliżone.

Argumentem przemawiającym za tym, że wykonawca S&A Service może zrealizować z zyskiem ww. zamówienie za ceny jednostkowe netto wskazane w ofercie, jest bieżące wykonywanie, bez zastrzeżeń Zamawiającego, usług o tym samym przedmiocie na podstawie zawartych umów. Ponadto wykonawca realizuje w sposób nieprzerwany usługi utrzymania czystości i porządku na nieruchomościach stanowiących własność Zamawiającego od 2018 r. Zamawiający zaznaczył, że przez cały ten okres świadczenia ww. prac, nie naliczył wykonawcy żadnej kary umownej, realizowanych na podstawie przetargów nieograniczonych na usługi utrzymania stałej czystości i porządku budynków stanowiących własność Gminy Wrocław oraz stałej czystości i porządku miejsc zbierania odpadów stałych z nieruchomości Gminy Wrocław. Potwierdzeniem powyższego mogą być również referencje wystawione wykonawcy przez Zamawiającego do każdej z 12 zrealizowanych w okresie 2018 – 2021 r. umów o tym samym przedmiocie.

Zamawiający stwierdził, że wykonawca S&A Service dokonując kalkulacji przedmiotu zamówienia wziął pod uwagę wszelkie niezbędne koszty mogące mieć wpływ na zaoferowaną cenę i rzetelną realizację zamówienia. Wyjaśnienia są w ocenie Zamawiającego wystarczające i nie budzą wątpliwości.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący bezpodstawnie twierdzi, że biorąc pod uwagę metraż przewidziany do sprzątnięcia w ramach każdego z zadań należy dojść do wniosku, że nie jest możliwe zapewnienie na nim wymaganych przez Zamawiającego usług przez wskazaną przez wykonawcę ilość pracowników, jednakże Odwołujący nie wskazuje, dlaczego jest to niemożliwe. Zamawiający nie wymagał zatrudnienia określonej ilości osób w stosunku do powierzchni przewidzianych do sprzątania, a jedynie zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp wymagał, aby wykonawca lub podwykonawca zatrudniał w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia na podstawie umowy o pracę na warunkach określonych w art. 22 § 1 Kodeksu pracy osoby bezpośrednio wykonujące czynności wymienione w załącznikach nr 2 i 3 do umowy. Na potwierdzenie uwzględnienia wymagań Zamawiającego wykonawca S&A Service przedstawił kalkulację kosztów, w tym kosztów pracy dla poszczególnych zadań. Zamawiający nie jest więc uprawniony do analizowania ilości przewidzianych przez wykonawcę etatów do realizacji usługi, dla Zamawiającego wystarczające jest, że z przedstawione przez wykonawcę kalkulacji wynika, że zaproponowana cena wystarczy na pokrycie kosztów osobowych (wynagrodzenia pracowników zgodnie z obowiązującymi przepisami), pozostałych kosztów oraz pozwoli na osiągnięcie zysku. Koszty zastępstw urlopowych oraz w wypadku choroby (których nie uwzględnienie zarzuca Odwołujący) zostały wliczone w koszty grupy roboczej, która zgodnie z wyjaśnieniem wykonawcy zawartym w dowodzie nr 4 stanowi grupę wspomagającą dla stałego personelu.

Podsumowując Zamawiający wskazał, iż nie są prawdziwe zarzuty Odwołującego, że wykonawca S&A Service złożył nierzetelne, ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia, a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca wykazał, że w zaproponowanej przez niego cenie oferty zostało uwzględnione wykonanie wszystkich czynności wyszczególnionych w SIWZ, a także został uwzględniony zysk.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że Odwołujący podnosił już identyczne zarzuty, które były przedmiotem analizy przez KIO w sprawie o sygn. akt: KIO 322/20 i nie zostały przez Izbę uwzględnione.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy nPzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp.

Zamawiający w dniu 23 lutego 2021 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę S&A Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 25 lutego 2021 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, informację z otwarcia ofert, ofertę wykonawcy S&A Service Sp. z o.o., wezwanie do wyjaśnień ceny oferty skierowane do wykonawcy S&A Service z dnia 1 lutego 2021 r., wyjaśnienia ceny oferty złożone przez S&A Service z dnia 3 lutego 2021 r. oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 12 lutego 2021 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Odwołującego i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 14 kwietnia 2021 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego przy piśmie procesowym z dnia 14 kwietnia 2021 r. oraz pismo S&A Service z dnia 24 stycznia 2020 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług utrzymania stałej czystości i porządku budynków stanowiących własność Gminy Wrocław oraz świadczenie usług utrzymania stałej czystości i porządku miejsc zbierania odpadów stałych z nieruchomości Gminy Wrocław, zwanych dalej „miejscami zbierania odpadów”.

Zgodnie z rozdziałem III pkt 4 SIWZ, Zamawiający wymagał, aby w niniejszym postępowaniu wykonawca lub podwykonawca zatrudniał w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia na podstawie umowy o pracę na warunkach określonych w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy osoby bezpośrednio wykonujące czynności wymienione w załącznikach nr 2 i 3 do umowy polegające na utrzymaniu stałej czystości i porządku budynków oraz stałej czystości i porządku miejsc zbierania odpadów stałych, z wyłączeniem Koordynatorów sprzątan.

Zgodnie z formularzem cenowym (załącznik nr 2 do SIWZ) liczba miejsc gromadzenia odpadów przewidzianych do obsługi wynosiła 29 dla zadania nr 1, 167 dla zadania nr 3 oraz 44 dla zadania nr 3. Jednocześnie jak wynika z ww. załącznika do SIWZ przewidziana do sprzątan powierzchnia w przypadku zadania nr 1 wynosiła 19 758,52 m², w zakresie zadania nr 3 – 30 101,38 m², a w zakresie zadania nr 4 – 34 227,71 m².

Załącznik nr 2 do umowy określał czynności do wykonania w ramach stałego utrzymania czystości i porządku budynków. W załączniku nr 3 do umowy Zamawiający uregulował czynności do wykonania w ramach stałego utrzymania czystości i porządku miejsc gromadzenia odpadów stałych.

Wykonawca S&A Service za wykonanie zadania nr 1 zaoferował cenę 156.715,03 zł, zadania nr 3 - 339.349,91zł, oraz zadania nr 4 - 236.898,93 zł.

Pismem z dnia 1 lutego 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę S&A Service w trybie art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny zaoferowanej za wykonanie zadania 1, 3 oraz 4. W treści ww. wezwania Zamawiający wskazał, że wysokość ceny w ofercie w zadaniu nr 1, 3 i 4 może wskazywać, że nie uwzględnili Państwo w niej wszystkich obowiązków niezbędnych do zrealizowania dla zrealizowania przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ oraz w projekcie umowy. Zdaniem Zamawiającego, przedstawione różnice cen mogą wskazywać również na zamiar realizacji zamówienia poniżej faktycznych kosztów wykonania przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wskazał, iż w związku z powyższym konieczne jest przedstawienie wszystkich czynników cenotwórczych wskazujących na oszczędność metody wykonania zamówienia, takich jak w szczególności m.in.:

- a) zapewnienie odpowiedniej liczebnie kadry do wykonania czynności według wymagań Zamawiającego – należy przedstawić kalkulację kosztów pracy osób przewidzianych do bezpośredniej realizacji przedmiotu zamówienia oraz liczby godzin przewidzianych na wykonanie zadań przez każdą z tych osób;
- b) niezbędne środki techniczne i materiały – należy wykazać koszty zakupu i utrzymania sprzętu potrzebnego do wykonania przedmiotu zamówienia, koszty związane z zakupem narzędzi, materiałów, akcesoriów i środków czystości potrzebnych do realizacji prac;

c) zagospodarowanie odpadów – należy wykazać koszty usunięcia i transportu zanieczyszczeń powstałych w wyniku prowadzonych prac.

Zamawiający zwrócił się o złożenie szczegółowych wyjaśnień dla zadania nr 1, 3 i 4, w tym złożenie dowodów.

Pismem z dnia 3 lutego 2021 r. wykonawca S&A Service złożył wyjaśnienia ceny oferty wraz z 4 załącznikami, zastrzegając jako tajemnicę przedsiębiorstwa stronę 4 wyjaśnień oraz załącznik nr 2 i 3.

Wykonawca S&A Service w wyjaśnieniach ceny podał, że cena oferty wykonawcy, w kwocie: 156.715,03 zł brutto (dla zad. nr 1), 339.349,91 zł brutto (dla zad. nr 3) oraz 236.898,93 zł brutto (dla zad. nr 4) zgodnie z wymogami SIWZ i wzoru umowy (w szczególności rozdz. XVI pkt. 2 SIWZ oraz rozdz. III pkt. 4 SIWZ) uwzględniają wszystkie zobowiązania i obejmują wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia. Są cenami w pełni rynkowymi i odpowiadają warunkom stawianym przez Zamawiającego, a ponadto stanowią bilans sprzyjających i dostępnych dla Wykonawcy warunków cenotwórczych wykonania niniejszego zamówienia.

Wyjaśniając ceny ofert na poszczególne zadania i dowodząc, iż nie stanowią one rażąco niskiej ceny, poniżej udowadniamy, iż podczas kalkulacji uwzględniliśmy niższe elementy wskazujące na oszczędność metody wykonania zamówienia, takie jak:

1) Doświadczenie - jako firma posiadamy kilkunastoletnie doświadczenie w przedmiotowym zakresie na terenie miasta Wrocławia, potwierdzone zadowoleniem naszych klientów (DOWÓD NR 1). Ponadto od kilku lat świadczymy należycie usługi na rzecz Wrocławskich Mieszkań Sp. z o.o. w przedmiotowym zakresie, w tym na przedmiotowych zadaniach w ramach bieżącej umowy. Wszystkie dotychczasowe umowy z Wrocławskimi Mieszkaniami Sp. z o.o. były realizowane należycie, w sposób profesjonalny, terminowy i z najwyższą starannością. Mając powyższe na uwadze znany jest nam więc charakter usługi, wymogi z nią związane, także od strony praktycznego wykonywania tego przedmiotu zamówienia (oczywiście przy uwzględnieniu obecnych zapisów w SIWZ) oraz rzeczywiste koszty. Mając na uwadze powyższe zaproponowane ceny w zadaniach nr 1, 3 oraz 4 są wynikiem rzetelnej kalkulacji, z uwzględnieniem wymagań Zamawiającego oraz kosztów Wykonawcy zarówno stałych prowadzonej działalności jak i koszty jednostkowe związane z zakresem realizowanych działań.

2) Sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne Wykonawcy, oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych:

Część kosztów tj. zakup środków, sprzętu czy naprawy serwisowe - duża ilość zamówień dokonanych przez nas, przekłada się na niższą cenę u dostawców. Na bazie długoletniej współpracy z naszymi dostawcami zarówno sprzętu, jak i środków korzystamy z atrakcyjnych rabatów czy upustów cenowych na zakupy i serwis. Powyższe skutkuje możliwością

zaoferowania przez wykonawcę konkurencyjnych cen za wykonanie zamówienia. (DOWÓD NR 2 – TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA). Ponadto z uwagi na bieżącą realizację przedmiotowej usługi uwzględniono również posiadany sprzęt wykorzystywany obecnie do realizacji niniejszych prac.

Potencjał ludzki - Zatrudniamy doświadczonych pracowników stanowiących obsadę w zakresie wykonania przedmiotowej usługi, co niweluje koszty związane ze szkoleniem stanowiskowym. W związku z obecną realizacją niniejszych usług (oraz realizacją ich w latach wcześniejszych), wypracowaliśmy i zoptymalizowaliśmy schemat obsady, realizacji prac na niniejszych rejonach (zadaniach) oraz procedury postępowania, dzięki którym możliwe było zweryfikowanie i ograniczenie zbędnych kosztów przy wykonywaniu zamówienia. Koordynator usług z ramienia naszej firmy, oraz pozostali pracownicy, w związku z realizacją przedmiotowej usługi obecnie, posiadają doświadczenie w kierowaniu i realizacji tej usług. Spółka posiada spory potencjał kadrowy.

3) Na potwierdzenie uwzględnienia wymagań Zamawiającego przedstawiamy kalkulację kosztów, w tym kosztów pracy (przepisy prawa pracy i o zabezpieczeniu społecznym obowiązującym w miejscu realizacji przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem płacy minimalnej) dla poszczególnych zadań (DOWÓD nr 4). Jednocześnie informujemy, iż zastosowaliśmy się, przy sporządzeniu wyceny własnej dla każdego z zadań, do m.in. wymogów rozdz. XVI pkt. 2 tj. „wykonawca kalkulując cenę powinien w szczególności uwzględniać niezbędne do wykonania przedmiotu umowy środki czystości, materiały, narzędzia, w tym m.in. wodę, flagi, środki czystości oraz w okresie zimowym kruszywo lub inny środek używany do zapobiegania i likwidacji śliskości zimowej” oraz rozdz. XVI pkt. 8 „Wykonawcy zalecane jest bardzo szczegółowe zapoznanie się z przedmiotem zamówienia, które umożliwi pełne i należyte zrealizowanie przedmiotu zamówienia, a także sprawdzenie warunków wykonania zamówienia i skalkulowania całkowitej ceny łącznej brutto oferty za wykonanie przedmiotu zamówienia z należytą starannością dla każdego zadania”.

Wykonawca będąc wykonawcą bieżącej usługi, której przedmiot jest zbieżny z obecnym zamówieniem, jest szczegółowo zorientowany w kosztach realizacji niniejszego zamówienia, a także w optymalizacji rozwiązań przy wykonaniu niniejszego zamówienia. Reasumując, w zaproponowanej przez nas cenie oferty zostało uwzględnione wykonanie wszystkich czynności wyszczególnionych w siwz, a także został uwzględniony zysk firmy.

4) Wykonawca nie korzysta z przepisów prawa ochrony środowiska .

5) Powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy – na kalkulację przedstawionej przez nas ceny dla zadania nr 1, zadania nr 3 oraz zadania nr 4 wpływ ma w również uwzględnienie ewentualnej współpracy z podwykonawcą. W załączeniu przedstawiamy oferty współpracy w zakresie realizacji usługi pn. „Świadczenie usług utrzymania stałej czystości i porządku budynków stanowiących własność Gminy Wrocław oraz stałej czystości

i porządku miejsc zbierania odpadów stałych z nieruchomości Gminy Wrocław” złożone naszej firmie (DOWÓD NR 3 – TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA).

Zebrane oferty od podmiotów potencjalnie zainteresowanych zawarciem stosownej umowy i wykonaniem zadania dla S&A Service Sp. z o.o. sporządzone zostały po dogłębnej analizie SIWZ oraz oględzin miejsca realizacji usługi oraz uwzględnieniem koniecznego przy prowadzeniu działalności gospodarczej zysku. Powyższe w połączeniu z wieloletnim doświadczeniem w koordynowaniu przedmiotowego zakresu prac przez S&A Service Sp. z o.o. daje silne podstawy do przyjęcia, że oferowana cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia oraz zaprezentowane argumenty należy stwierdzić, że brak jest podstaw do uznania, że oferta złożona przez nas w niniejszym postępowaniu zawiera rażąco niską cenę. Zaproponowane wartości dla poszczególnych zadań są cenami adekwatnymi, odpowiadającymi aktualnym wartościom rynkowym.

W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca S&A Service powołał się na definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa zawartą w art. 11 ust. 2 uznk oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00) podając, że wskazane informacje wypełniają przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa. Dalej wykonawca podał, że: „Na dowód powyższego wyjaśniamy, iż zastrzeżone przez nas informacje takie jak rabaty u dostawców, czy oferty współpracy, a także szczegółowe założenia do budowania kalkulacji (str. nr 4 niniejszych wyjaśnień) są danymi wrażliwymi, objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa. Są to warunki wynegocjowane indywidualnie, mające charakter technologiczny i organizacyjny firmy i nie podawane do publicznej wiadomości oraz wobec, których podjęto działania związane z zachowaniem ich w poufności. Konkurencja posiadając te dane jest w stanie dostosować oferowane przez siebie ceny tak, aby wykluczyć Wykonawcę z rynku usług porządkowych. Dokumenty finansowe pomiędzy dostawcami a Wykonawcą przekazywane są bezpośrednio, natomiast dostawy kierowane są na miejsca przeznaczenia co stanowi dodatkowe zabezpieczenie do danych wrażliwych, objętych tajemnicą przedsiębiorstwa przez osoby nieupoważnione. Ponadto wskazujemy, iż stosujemy wewnętrzne oświadczenia o zachowaniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Nasi pracownicy podpisują dokument o ochronie informacji o technologii, stosowanym sprzęcie i środkach oraz dostawcach i firmach współpracujących.” Wykonawca S&A Service przedstawił wzór stosowanego oświadczenia.

W dniu 12 lutego 2021 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy S&A Service Sp. z o.o. w zadaniu nr 1, 3 oraz 4. Na drugim miejscu w rankingu ofert w ww. zadaniach uplasowała się oferta Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 – 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk poprzez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę S&A Service Sp. z o.o. w zakresie zadania nr 1, zadania nr 3 i zadania nr 4 (str. 4 wyjaśnień) oraz załącznika 2 do wyjaśnień „przykładowe rabaty u dostawców” i załącznika nr 3 do wyjaśnień „oferty podwykonawców”, mimo że zastrzeżone przez S&A Service informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Nie było sporne między Stronami postępowania odwoławczego, iż wykonawca S&A Service Sp. z o.o. objął tajemnicą przedsiębiorstwa stronę 4 wyjaśnień ceny oferty z dnia 3 lutego 2021 r. dotyczącą zadania nr 1, 3 oraz 4, jak również załącznik nr 2 do wyjaśnień „przykładowe rabaty u dostawców” oraz załącznik nr 3 do wyjaśnień „oferty podwykonawców”.

Izba wskazuje, iż art. 8 ust. 1 ustawy Pzp normuje fundamentalną zasadę udzielania zamówień publicznych, tj. zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 8 ust. 2 ustawy Pzp). Ww. zasada doznaje ograniczenia w ust. 3 ww. przepisu, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, określa również moment, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji zawartych w ofercie, wskazując, iż powinno to nastąpić najpóźniej do upływu terminu składania ofert. W odniesieniu do dokumentów przedstawianych na późniejszych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy przyjąć, że zasadność zastrzeżenia zawartych w nich informacji musi być wykazana wraz ze złożeniem takiego dokumentu. Podkreślić należy, iż *ratio legis* ww. przepisu, który uprawnia wykonawców do zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa z jednej strony, z drugiej zaś nakłada obowiązek w postaci wykazania skuteczności takiego zastrzeżenia, było ograniczenie nadużywania przez wykonawców ww. instytucji w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów spełniania wymagań postawionych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak wynika z przywołanego przepisu, to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z kolei obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę i podjęcie stosownych działań w zależności od wyniku tej analizy.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. I tak zgodnie z ww. przepisem, 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 przedmiotowej sprawie Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że wykonawca S&A Service wykazał przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa zastrzegając treść str. 4 wyjaśnień ceny oferty z dnia 3 lutego 2021 r. oraz załączników nr 2 i 3.

Wykonawca S&A Service wyjaśnił, że zastrzeżone informacje takie jak rabaty u dostawców, czy oferty współpracy, są danymi objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa. Są to warunki wynegocjowane indywidualnie, kwalifikowane jako mające charakter technologiczny i organizacyjny firmy, które nie są podawane do publicznej wiadomości oraz wobec których podejmowane są działania związane z zachowaniem ich w poufności. Konkurencja posiadając takie dane jest w stanie dostosować oferowane przez siebie ceny tak, aby sytuacja wykonawcy w przetargach na rynku usług porządkowych stała się mniej korzystna. Wykonawca (jak podał w piśmie) podjął działania mające na celu zachowanie w poufności zastrzeżonych danych stosując specjalny obieg dokumentów - dokumenty finansowe pomiędzy dostawcami, a wykonawcą przekazywane są bezpośrednio, natomiast dostawy kierowane są na miejsca przeznaczenia, co stanowi dodatkowe zabezpieczenie, aby dostępu do danych objętych tajemnicą przedsiębiorstwa nie miały osoby nieupoważnione. Wykonawca wskazał także na stosowaną w jego firmie procedurę składania wewnętrznych oświadczeń o zachowaniu tajemnicy przedsiębiorstwa - według tej procedury pracownicy wykonawcy podpisują dokument o ochronie informacji o technologii, stosowanym sprzęcie i środkach oraz dostawcach i firmach współpracujących, w którym zobowiązują się do zachowania w tajemnicy służbowej tych danych. Przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nakłada na zamawiającego obowiązek utajnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę jako poufne, jeżeli wykonawca wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca zastrzegający tajemnicę przedsiębiorstwa musi wykazać, że podjął czynności

w celu utrzymania poufności informacji. Przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie precyzują zakresu lub rodzaju środków, do których przedsięwzięcia zobligowany jest przedsiębiorca, dlatego więc w tym stanie faktycznym Zamawiający nie miał podstaw kwestionować skuteczności czynności wskazywanych przez wykonawcę S&A Service Sp. z o.o. w celu utrzymania poufności informacji, a mianowicie: odebrania oświadczeń o zachowaniu wskazanych informacji w tajemnicy oraz stosowania specjalnej procedury obiegu dokumentów finansowych mającą na celu zachowanie w poufności informacji o podmiotach współpracujących z wykonawcą i warunkach tej współpracy. Informacje o kontrahentach, dostawcach, stosowanych przez nich rabatach mogą stanowić tajemnicę organizacyjną przedsiębiorstwa i są informacjami posiadającymi wartość gospodarczą. Dodatkowo Izba stwierdza, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny, jeżeli dotyczy m.in. wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się natomiast całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym.

Z uwagi na powyższe przedmiotowy zarzut podlegał oddaleniu.

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty S&A Service w zakresie zadania nr 1, zadania nr 3 oraz zadania nr 4, pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień prowadzącą do uznania, że cena zaoferowana przez S&A Service nie jest rażąco niska.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847);
2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

3. wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4. wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska oraz
5. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Z kolei w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia (art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp).

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Ponadto stosownie do treści art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z utrwalonym już w orzecznictwie Izby poglądem, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na wykonawcy bowiem ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona (por. wyrok KIO z dnia 2 lutego 2016 r. sygn. akt: KIO 66/16).

Nadto wskazać należy, iż sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe i niepoparte dowodami, jest taka sama. W obu bowiem przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu (por. KIO w wyroku z dnia 19 maja 2016 r. sygn. akt: KIO 722/16).

Izba wskazuje, że w postępowaniu odwoławczym Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość odrzucenia czy zaniechania odrzucenia oferty danego wykonawcy. Tym samym rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało ustalenia, czy na podstawie złożonych przez wykonawcę S&A Service Sp. z o.o. wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do uznania, że ceny zaoferowane przez ww. wykonawcę w zakresie zadania nr 1, 3 oraz 4 nie są rażąco niskie.

Przechodząc na grunt niniejszej sprawy, Izba wskazuje, iż dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę S&A Service w przedmiocie

ceny oferty zaoferowanej za wykonanie zadania nr 1, 3 oraz 4 była nieprawidłowa. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę nie zostały przedstawione w sposób wyczerpujący, nie czyniły zadość wymaganiom Zamawiającego wskazanym w treści wezwania z dnia 1 lutego 2021 r., w szczególności w zakresie przedstawienia szczegółowych kalkulacji oraz złożenia dowodów, a ich ocena została przeprowadzona przez Zamawiającego z uchybieniem należytej staranności. Podkreślić należy, iż złożone przez Przystępującego wyjaśnienia ceny oferty opierały się w dużej mierze na ogólnikach, deklaracjach wykonawcy często formułowanych w ramach procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny a odnoszących się do bogatego doświadczenia przy realizacji innych zamówień podobnego typu, posiadania wykwalifikowanej kadry, czy też uwzględnienia w kalkulacji ceny ofertowej wszystkich kosztów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia oraz dysponowania rabatami/upustami od kontrahentów. Innymi słowy, w ocenie Izby, Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach ceny oferty dotyczących zadania nr 1, 3 oraz 4 nie podał dostatecznych argumentów wskazujących na oszczędność metody wykonania zamówienia, rozwiązania techniczne czy też na wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, które przekładały się na znaczące obniżenie ceny oferty. Uwagę zwracają również bardzo ogólne wyjaśnienia Wykonawcy dotyczące wyceny niezbędnych środków oraz materiałów, a także kosztów usunięcia i transportu zanieczyszczeń (str. Nr 4 wyjaśnień rażąco niskiej ceny – objęta tajemnicą przedsiębiorstwa).

Co więcej, zestawiając złożoną przez Przystępującego szczerką kalkulację cenową (dowód nr 4) ze stanowiskiem prezentowanym na rozprawie, jakoby Wykonawca uwzględnił koszty nadzoru, urlopów oraz ubezpieczeń w punkcie II rzeczony kalkulacji dla zadania nr 1, 3 oraz 4, należy dojść do wniosku, iż wyjaśnienia złożone przez S&A Service są nieweryfikowalne. Na podstawie takiej argumentacji Przystępującego nie można nawet ustalić rzeczywistej wartości elementów składowych ceny wskazanych w punkcie II kalkulacji, skoro w ww. punkcie – jak twierdził Wykonawca – zostały ujęte jeszcze inne (oprócz wymienionych wprost), nieskonkretyzowane w wyjaśnieniach koszty.

Następnie Izba wskazuje, że wyjaśnienia ceny oferty złożone przez Przystępującego nie zasługiwały na pozytywną ocenę z uwagi na to, że złożone przez Wykonawcę dowody nie potwierdzały prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej zaoferowanej za wykonanie zadania nr 1, 3 oraz 4. Na podstawie złożonych dowodów nie można bowiem odtworzyć sposobu zbudowania cen ofertowych zaoferowanych przez S&A Service. Dowód nr 1 nie referował do sposobu zbudowania ceny, a jedynie potwierdzał doświadczenie Wykonawcy przy realizacji innych zamówień. Dokonując z kolei analizy dowodu nr 2 (objęty tajemnicą przedsiębiorstwa) w odniesieniu do części dokumentów nie można ustalić, czego (jakich usług/towarów) oferowane rabaty dotyczyły. Dalej wskazać należy, iż ww. dowód potwierdzał jedynie, iż Przystępujący posiada rabaty/oferty na usługi lub towary, co w dalszej mierze nie pokazuje,

w jaki sposób Wykonawca skalkulował koszty dotyczące sprzętu, środków oraz narzędzi niezbędnych do realizacji zamówienia publicznego. Tym samym nie można uznać, że koszty w powyższym zakresie zostały przez Przystępującego wykazane. Dokonując analizy dowodu nr 3 wraz z argumentacją zawartą w wyjaśnieniach poziomu ceny wskazać należy, iż Przystępujący nie wyjaśnił w jaki sposób na wycenę ofert miało wpływ „uwzględnienie ewentualnej współpracy z podwykonawcą”. Dowód nr 4 zawierał dość ogólną kalkulację własną – stanowiącą oświadczenie własne Wykonawcy, które można traktować co najwyżej jako integralną część wyjaśnień. W świetle powyższych okoliczności w ocenie Izby nie można uznać, iż Przystępujący sprostował obowiązkowi wykazania, że złożone w zadaniu nr 1,3 oraz 4 oferty nie zawierały rażąco niskiej ceny.

Kolejno Izba wskazuje, iż Odwołujący przedstawił w treści odwołania konkretne argumenty mające wykazać, że Zamawiający nieprawidłowo ocenił treść wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie z art. 90 ust. 1 i n. ustawy Pzp. Odwołujący wskazał na ogólny i niewyczerpujący charakter wyjaśnień ceny oferty złożonych przez S&A Service. Odwołujący podniósł, iż podane w wyjaśnieniach S&A Service okoliczności wskazujące na oszczędność metody wykonania zamówienia nie mogą zostać uznane za okoliczności właściwe tylko temu wykonawcy. Odwołujący stał na stanowisku, że cena zaoferowana przez ww. wykonawcę za realizację zadania nr 1, 3 oraz 4 nie uwzględnia m.in. podstawowych kosztów związanych z nadzorem oraz kosztów osobowych, w tym kosztów zastępstwa na czas urlopu oraz zastępstwa chorobowego. Dalej Odwołujący wskazał, że S&A Service przewidział udział odpowiednio jedynie 2,6 etatów dla zadania nr 1, 3,5 etatów dla zadania nr 3 i 5,5 etatów dla zadania nr 4, a ilości te są znacznie mniejsze niż ilości etatów zadeklarowanych przez wykonawcę w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny złożonych w analogicznym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego na początku 2020 r. Następnie Odwołujący wskazywał, iż nie jest możliwe zapewnienie realizacji zamówienia przez jednego pracownika biorąc pod uwagę przewidziany do sprzątnięcia metraż w ramach każdego z zadań, przedstawiając przy tym szczegółowe wyliczenia. Kolejno Odwołujący przedstawił szeroką argumentację dotyczącą kosztów związanych z wykonywaniem czynności w ramach miejsc zbierania odpadów, czyszczenia wiat, wynoszenia gabarytów itd. wskazując w szczególności na szeroki zakres obowiązków, ich częstotliwość, konieczność transportu, liczbę niezbędnego personelu do świadczenia usług oraz minimalny czas konieczny do ich realizacji. W końcu Odwołujący zarzucał, iż Przystępujący nie uwzględnił kosztów koordynatora sprzątnięcia (brak kalkulacji) oraz związanych z tym kosztów transportu i eksploatacji samochodu.

Do żadnej z powyższych okoliczności Przystępujący w postępowaniu odwoławczym w zasadzie nie odniósł się w sposób rzeczowy. Zdaniem Izby Przystępujący nie podjął w sposób merytoryczny polemiki z twierdzeniami Odwołującego skonkretyzowanymi w treści

odwołania, mimo że to jego obciążał obowiązek wykazania okoliczności przeciwnych. To wykonawca S&A Service, jako wykonawca broniący swojej oferty, winien w szczególności wykazać zasadność i rzetelność złożonych wyjaśnień dotyczących poziomu ceny. To zadaniem Przystępującego, było podważenie i obalenie wyliczeń przedstawionych przez Odwołującego, a nie jedynie „co do zasady” kwestionowanie twierdzeń Odwołującego. Przystępujący zaprezentował bierną postawę, nie ustosunkował się w sposób konkretny i merytoryczny do zarzutów Odwołującego. Izba w okolicznościach przedmiotowej sprawy wzięła również pod uwagę, iż Przystępujący nie podjął żadnej inicjatywy dowodowej, podważającej stanowisko Odwołującego lub dodatkowo potwierdzającej prawidłowość kalkulacji ceny oferty w zakresie zadania nr 1, 3 oraz 4. Cała argumentacja Przystępującego zasadniczo opierała się na gołosłownych i ogólnych twierdzeniach sprowadzających się do tego, iż „koszty koordynatora, ubezpieczeń, urlopów zostały ujęte w kalkulacji w pkt II, a jedynie nie zostały wymienione przez wykonawcę”, podczas gdy z treści złożonych kalkulacji dla zadania nr 1, 3 oraz 4 (dowód nr 4) nie wynika, że ww. koszty stanowiły element ceny oraz nie wiadomo jaki był ich poziom. Dalej Przystępujący wskazywał, że „nie miał obowiązku sporządzenia kalkulacji cenowej w sposób tożsamy, jak w poprzednim postępowaniu” prowadzonym przez Zamawiającego oraz że „sporządzona kalkulacja jest adekwatna dla niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia”. Odnośnie podnoszonej przez Odwołującego konieczności przemieszczania się koordynatora między lokalizacjami Zamawiającego przy użyciu samochodu, Przystępujący poprzestał na stwierdzeniu, iż „w specyfikacji nie ma wymogu, że koordynator ma przemieszczać się samochodem”, nie wyjaśniając przy tym jakie założenia przyjął do kalkulacji ceny ofertowej dla zadania nr 1, 3 oraz 4 w ww. zakresie.

W zakresie kosztów związanych z wykonywaniem czynności dotyczących miejsc zbierania odpadów, czyszczenia wiat, wynoszenia gabarytów itp. Przystępujący poza tym, że zakwestionował stanowisko Odwołującego jakoby sprzątanie MZO stanowiło istotny element przedmiotu zamówienia, to nie przedstawił żadnej argumentacji na poparcie swojego stanowiska, w szczególności w kontekście wymogów Zamawiającego określonych w SIWZ. Przystępujący w ww. zakresie kwestionował również konieczność uwzględnienia kosztów transportu odpadów wskazując, że mogą pojawić się co najwyżej tzw. „zmiotki”. Odnosząc się do powyższego wskazać należy, iż Zamawiający w wezwaniu z dnia 1 lutego 2021 r. zwrócił się do wykonawcy o wykazanie kosztów usunięcia i transportu zanieczyszczeń powstałych w wyniku prowadzonych prac. Jednocześnie w § 3 ust. 1 pkt 17 projektu umowy, Zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek składowania odpadów w miejscu prawnie dopuszczonym do odzysku, składowania lub unieszkodliwiania odpadów lub poddania ich we własnym zakresie odzyskowi lub unieszkodliwieniu w miejscu prawnie przeznaczonym do odzysku lub unieszkodliwiania, jeżeli Wykonawca jest uprawniony do prowadzenia

działalności w tym zakresie. Z kolei w punkcie 18 lit. b § 3 ust. 1 projektu umowy Zamawiający zobowiązał wykonawców w sytuacji transportowania odpadów w związku z realizacją przedmiotu umowy do transportu odpadów zgodnie z przepisami ustawy o transporcie drogowym, pojazdami przystosowanymi do ich transportu oraz w sposób niepowodujący zanieczyszczenia tras przejazdu. Co więcej, w załączniku nr 3 do projektu umowy wynika, że do czynności wykonania w ramach stałego utrzymania czystości i porządku miejsc gromadzenia odpadów stałych należy m.in. usuwanie z miejsca gromadzenia odpadów na bieżąco wg potrzeb wszelkich odpadów komunalnych, w tym m.in. mebli i innych odpadów wielogabarytowych, sprzętu RTV i AGD, opon, gruzu. Z powyższego wynika zatem, że szereg czynności dotyczących opisu świadczenia usługi objętej zamówieniem ściśle wiąże się z koniecznością transportu odpadów, przez co nie można odmówić racji Odwołującemu. Stanowiska odwołującego się Wykonawcy, co do konieczności uwzględnienia w kalkulacji ceny oferty kosztów transportu odpadów nie podważył także Zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie.

W przedmiocie metrażu przewidzianego do sprzątnięcia w ramach każdego z zadań przypadającego na jednego pracownika podkreślić należy, iż Przystępujący w toku rozprawy twierdził, że „powierzchnia sprzątanym pomieszczeń na poszczególne zadania różni się względem poprzedniego postępowania” oraz „powierzchnię, którą przelicza Odwołujący w treści odwołania to powierzchnia całkowita, natomiast powierzchnia, która jest sprzątana 5 razy w tygodniu nie jest równoznaczną z powierzchnią całkowitą”. Powyższe, gołosłowne stanowisko Przystępującego nie obala jednak szczegółowych wyliczeń przedstawionych przez odwołującego się Wykonawcę. W kontekście powyższego Izba stwierdza, iż nie zasługuje na aprobatę pogląd Zamawiającego, iż „Zamawiający nie jest więc uprawniony do analizowania ilości przewidzianych przez wykonawcę etatów do realizacji usługi, dla Zamawiającego wystarczające jest, że z przedstawione przez wykonawcę kalkulacji wynika, że zaproponowana cena wystarczy na pokrycie kosztów osobowych (wynagrodzenia pracowników zgodnie z obowiązującymi przepisami), pozostałych kosztów oraz pozwoli na osiągnięcie zysku”. Podkreślić należy, iż rolą i zadaniem Zamawiającego jest zweryfikowanie złożonych przez wykonawców wyjaśnień rażąco niskiej ceny pod kątem ich realności, rzetelności, prawidłowości w świetle opisu przedmiotu zamówienia z jednoczesnym uwzględnieniem zasad doświadczenia życiowego i logiki. Zamawiający nie może poprzestać jedynie na „formalnym” przyjęciu wyjaśnień poziomu ceny, pozostających w oderwaniu tak od wezwania zamawiającego, jak i specyfiki danego zamówienia.

Odnosnie podnoszonych przez Odwołującego kosztów związanych z zagospodarowaniem odpadów wskazać należy, iż jakkolwiek Przystępujący odniósł się w powyższym zakresie na stronie 4 wyjaśnień rażąco niskiej ceny (objętych tajemnicą przedsiębiorstwa), to złożone przez wykonawcę wyjaśnienia miały charakter lakoniczny

i ogólnikowy, przez co na podstawie ich treści nie sposób stwierdzić jakie założenia legły u podstaw obliczenia ww. kosztów, co przekłada się na brak możliwości oceny ich rzetelnej kalkulacji.

W tym miejscu podkreślić należy, iż zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 537 pkt 1 ustawy nPzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Również zatem w postępowaniu odwoławczym to na Przystępującym spoczywał ciężar wykazania, że cena jego oferty nie była na rażąco niskim poziomie i odparcia argumentacji przedstawionej w odwołaniu. Tymczasem Przystępujący poprzestał na niczym nie popartych twierdzeniach co do kosztów przyjętych na potrzeby kalkulacji ceny ofertowej, nie odpierając jednocześnie w sposób merytoryczny i skuteczny argumentacji prezentowanej w tym zakresie przez Odwołującego.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy na uwagę zasługuje fakt, iż także Zamawiający nie polemizował z wyliczeniami przedstawionymi przez Odwołującego w treści odwołania celem podważenia prawidłowości założeń kalkulacyjnych przyjętych przez Przystępującego.

Reasumując stwierdzić należy, iż wykonawca S&A Service nie dołożył należytej staranności w wyjaśnieniu Zamawiającemu sposobu kalkulacji ceny ofert, przez co w konsekwencji nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Oferta ww. wykonawcy podlegała zatem odrzuceniu z zadania nr 1, 3 oraz 4 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 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).

W niniejszej sprawie Odwołujący zawarł 2 zarzuty w *petitum* odwołania. Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny oraz nie uwzględniła zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego w części 1/2 i Odwołującego w części 1/2. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3 600 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 600 zł tytułem wpisu od

odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 9 300 zł (18 600 zł x 1/2). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 9 300 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodniczący: