Sygn. akt KIO 1965/20

WYROK
z dnia 29 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 sierpnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Impel System Sp. z o.o.** z siedzibą
we Wrocławiu przy ul. Ślężnej 118 (53-111 Wrocław) oraz **Impel Facility Services Sp. z o.o.**z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Ślężnej 118 (53-111 Wrocław) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu** z siedzibą
w Poznaniu przy ul. Wieniawskiego 1 (61-712 Poznań)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **DGP Clean Partner Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Zygmunta Słonimskiego 15/52 (00-195 Warszawa), **Seban Sp. z o.o.** z siedzibą w Katowicach przy ul. Jesionowej 9A (40-159 Katowice),**7 MG Sp. z o.o.**z siedzibą w Legnicy przy ul. Najświętszej Marii Panny 14 (59-220 Legnica), **DGP Provider Sp. z o.o.**z siedzibą w Legnicy przy ul. Środkowej 20 (59-220 Legnica) oraz **Partner Medica Sp. z o.o.**z siedzibą w Legnicy przy ul. Najświętszej Marii Panny 5e (59-220 Legnica),zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Impel System Sp. z o.o.** z siedzibą we Wrocławiu oraz **Impel Facility Services Sp. z o.o.** z siedzibą we Wrocławiu i zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawców, tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Poznaniu**.

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 1965/20

UZASADNIENIE

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Usługa sprzątania w budynkach UAM - przedmiot zamówienia został podzielony na 2 części*(znak sprawy: ZP/810/U/20), zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 maja 2020 r., pod numerem 2020/S 102-246220.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Impel System Sp. z o.o.z siedzibą we Wrocławiu oraz Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zwani dalej: „odwołującym” w dniu 17 sierpnia 2020 r. wnieśli odwołanie, w którym zarzucili naruszenie następujących przepisów w zakresie części nr 2 postępowania:
1) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasad proporcjonalności i przejrzystości przez udzielenie zamówienia niezgodnie z przepisami Pzp;
2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez wybranego wykonawcę;
3) art. 8 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwanej dalej: „u.z.n.k”, przez nieodtajnienie i nieudostępnienie odwołującemu oferty i wyjaśnień wykonawcy konsorcjum: DGP Clean Partner Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, Seban Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, 7 MG Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, DGP Provider Sp. z o. o. z siedzibą w Legnicy i Partner Medica Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy – zwanych dalej „konsorcjum DGP”;
4) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty:
a) wybranego wykonawcy;
b) konsorcjum DGP;
pomimo, że oferty te zawierają rażąco niską cenę lub koszt;
5) art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 Pzp w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1) u.z.n.k. przez zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez:
a) wybranego wykonawcę;
b) konsorcjum DGP;
z uwagi na fakt, że oferty te zawierają rażąco niską cenę oraz ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
6) art. 91 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 1-4 Pzp przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.
W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł w zakresie części nr 2 o:
- uchylenie czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty, złożonej przez wybranego wykonawcę tj. konsorcjum: Mega Plus M. D. z siedzibą w Poznaniu i PITT STAR P. S. z siedzibą w Poznaniu;
- nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez wybranego wykonawcę, gdyż jej treść nie odpowiada

treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej: „SIWZ";
- nakazanie zamawiającemu odtajnienie oferty i wyjaśnień Wykonawcy konsorcjum DGP;
- nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez wybranego wykonawcę oraz konsorcjum DGP na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3, 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp;
- nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niewykluczonych z postępowania tj. oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał, że ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ w razie uwzględnienia odwołania jego oferta, w zakresie części nr 2, jako przedstawiająca najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego będzie ofertą najkorzystniejszą. Ponadto odwołujący wyjaśnił, że ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ złożył ważną ofertę i może uzyskać zamówienie. Odwołujący, na obecnym etapie postępowania, na skutek niezasadnego utajnienia informacji zawartych w ofertach wykonawców biorących udział w postępowaniu został pozbawiony możliwości swobodnego i pełnego zaskarżenia czynności zamawiającego w postaci oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Naruszenie wskazanych przepisów ustawy – w jego ocenie – miało istotny wpływ na wynik postępowania, ponieważ zaburzało prawo do weryfikacji ofert konkurencyjnych i uniemożliwia odwołującemu sprawdzenie ich zgodności z ustalonymi w SIWZ zasadami oceny i wyboru ofert, a w konsekwencji uniemożliwiało zaskarżenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na zasadach wyrażonych w Pzp.

Pierwszym zarzutem podniesionym w odwołaniu był zarzut wskazujący, że oferta wybranego wykonawcy nie odpowiada SIWZ. W uzasadnieniu tego zarzutu odwołujący wskazał, że zgodnie z Załącznikiem B do SIWZ w pkt 1 zamawiający wymagał papieru toaletowego w dużych rolkach wskazując szerokość wstęgi 9,2-9,5cm. Zamawiający w odpowiedziach z dnia 19 czerwca 2020 r. na pytanie nr 21 dopuścił do oceny papier toaletowy o szerokości wstęgi 9,0-9,5 cm. Wybrany Wykonawca zaoferował w Formularzu oferty – część 2 w wierszu 1 tabeli papier Katrin Classic Gigant S2 o szerokości wstęgi 9,5 cm. Wykonawca załączył do oferty kartę techniczną tego papieru (plik o nazwie: 1 papier toaletowy Katrin biały 2504). Odwołujący podniósł, że załączona karta techniczna papieru wskazanego w ofercie wybranego wykonawcy jest nieaktualna. Aktualne dokumenty dla tego papieru są dostępne bezpośrednio u producenta i na jego stronie internetowej (). Jak wynika z informacji zawartych w obowiązujących dokumentach dla tego papieru, szerokość wstęgi wynosi 8,8 cm. Wskazany w ofercie wybranego wykonawcy papier Katrin Classic Gigant S2 nie spełnia wymogów określonych w SIWZ. Wobec tego oferta wybranego wykonawcy nie odpowiada wymogom SIWZ i jako taka podlega odrzuceniu. Na potwierdzenie powyższych okoliczności, w tym w szczególności na potwierdzenie okoliczności, że zaoferowany przez wybranego wykonawcę papier Katrin Classic Gigant S2 nie odpowiada wymogom określonym w SIWZ, odwołujący przedstawił dowód w postaci oświadczenia producenta wraz ze specyfikacją ww. produktu papieru Katrin Classic Gigant S2 i wniósł o dopuszczenie ww. dowodu na wskazaną okoliczność.
Następnie w ramach przedmiotowego zarzutu odwołujący stwierdził, że zgodnie z Załącznikiem B do SIWZ w pkt 3 zamawiający wymagał mydła w płynie, którego wartość pH jest równa 5,5. Zamawiający w odpowiedziach z dnia 19 czerwca 2020 r. na pytanie nr 23 dopuścił mydło w płynie o zakresie pH 5,5-6,6. Zwrócił uwagę, że wybrany wykonawca zaoferował w Formularzu oferty – część 2 w wierszu 3 tabeli mydło Soft Line-Lux o pH 5,3-5,8. Wybrany wykonawca załączył do oferty kartę charakterystyki tego mydła, w której wartość pH preparatu została określona w zakresie 5,2-5,8 (sekcja 9 karty charakterystyki – Właściwości fizyczne i chemiczne). Mydło Soft-Line Lux – mydło nawilżające, zaoferowane przez wybranego wykonawcę, zdaniem odwołującego nie spełnia wymogów określonych w SIWZ, ponieważ pH zaoferowanego mydła nie mieści się w zakresie pH wymaganym przez zamawiającego. Dolna wartość pH tego mydła wynosi 5,2. Dolna wartość pH mydła dopuszczonego przez zamawiającego wynosi 5,5. Wobec tego oferta wybranego wykonawcy nie odpowiada wymogom SIWZ i jako taka podlega odrzuceniu. Mając na uwadze powyższe ustalenia, faktyczne wybrany wykonawca nie złożył w postępowaniu, w zakresie części nr 2, oferty odpowiadającej treści SIWZ. Przedłożone przez ww. wykonawcę oświadczenia, dotyczące środków i preparatów, które będą wykorzystywane przy realizacji przez niego umowy, są niezgodne z potrzebami i wymaganiami opisanych przez zamawiającego w dokumentacji postępowania. Odwołujący podniósł, że zgodnie z obowiązującymi przepisami Pzp, zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Kolejnym zarzutem wskazanym w odwołania był zarzut odnoszący się do zaniechania odtajnienia i udostępnienia odwołującemu oferty i wyjaśnień złożonych w postępowaniu przez konsorcjum DGP. Odwołujący wskazał, że wykonawca konsorcjum DGP zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa odnośnie do złożonego przez nich z ofertą wykazu oferowanych środków czystości w tym, w zakresie parametrów technicznych podlegających ocenie w ramach oceny oferty zgodnie z wymaganiami SIWZ tj. np. na temat gramatury, rozmiarów listków, szerokości rolek, wybarwienia itp. (informacje wymagane zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SIWZ). Ponadto utajnienie obejmuje również próbki środków czystości, karty charakterystyki dla środków czystości/opis środków przeznaczonych przez wykonawcę do realizacji umowy. Dodatkowo, ww. wykonawca utajnili samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.
Odwołujący wyjaśnił, że zasada jawności informacji publicznej jest jedną z podstawowych zasad systemu prawnego Rzeczpospolitej Polskiej. Powszechne prawo do informacji wynika z art. 54 i 61 Konstytucji RP oraz przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. Nr 112, poz. 1198, z późn. zm.). Możliwość wyłączenia jawności postępowania nie może być nadużywana lub traktowana rozszerzająco. Zasada jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem zasadą nadrzędną i wyjątki od niej, zarówno w kontekście faktów, jak i prawa, nie mogą być interpretowane tak, aby prowadziło to do jej ograniczenia. Uprawnienie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być stosowane jedynie do gry konkurencyjnej wykonawców, lecz ma za zadanie zapewnić im ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa ściśle w granicach jej definicji zawartej w art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp protokół wraz z załącznikami jest jawny i powinien być udostępniony do wglądu wszystkim zainteresowanym osobom, bez względu na posiadanie interesu prawnego czy faktycznego. Zatem pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne powinno być interpretowane w sposób ścisły, ostrożny i uzasadniony obiektywnymi okolicznościami faktycznymi i prawnymi. Art. 8 ust. 3 Pzp, jako wprowadzający wyjątek od zasady, nie może być poddawany wykładni rozszerzającej, a wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie mogą powoływać się na niego tylko celem utrudnienia innym wykonawcom udziału w postępowaniu. Wykonawca musi dokonać zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa najpóźniej z momentem złożenia informacji, które miałby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Jeśli więc ww. wykonawca nie zastrzegł swych wyjaśnień jako tajemnicy

przedsiębiorstwa lub zastrzegając je nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zamawiający niejako automatycznie wyjaśnienia te powinien uznać za informacje jawne.
Następnie odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z art. 11 pkt 4 ustawy u.z.n.k pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa należy rozumieć nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:
- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inne posiadające wartość gospodarczą,
- nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.
Powszechnie przyjmuje się (wyrok SN z 3 października 2000 r., I CKN 304/00), że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp, 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. Od października 2014 r., w związku ze zmianą Pzp, wykonawcy muszą nie tylko zastrzegać tajemnicę, ale także ją wykazywać. Aby dana informacja podlegała ochronie, musi zostać spełniona przesłanka formalna i materialna. Pierwsza z przesłanek, formalna, jest spełniona, gdy zostanie wykazane, że wykonawca podjął działania w celu zachowania poufności tych informacji. Nie wystarczy samo przekonanie podmiotu dysponującego informacją o działalności przedsiębiorcy, że posiadane przez niego dane mają charakter poufny, musi on jeszcze podjąć konkretne działania w celu ochrony poufności. Przesłanka materialna to obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą tj. dotyczą kwestii, które obiektywnie mogłyby negatywnie wpłynąć na sytuację przedsiębiorcy. Informacje takie muszą mieć choćby minimalną wartość. Wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, a zatem samo przekonanie o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczające. Wartość ta może wyrażać się w sposób pozytywny – poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo, znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości. Wykonawca winien wykazać zamawiającemu dlaczego w ramach konkretnego postępowania przetargowego ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić wykonawcy szkodę i w czym upatruje on szkody. Wykonawca winien wykazać związek przyczynowo – skutkowy między ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą, a możliwość poniesienia szkody musi być co najmniej uprawdopodobniona. Określenie konkretnych informacji oraz ciężar dowodu wykazania zasadności zastrzeżenia spoczywa na wykonawcy i to nie później niż z dniem składania ofert.
Zdaniem odwołującego wykonawca zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ (Załącznik nr 2 do SIWZ) zobowiązany był zaoferować środki czystości odpowiadające określonym parametrom. Konsorcjum DGP utajniło swoją ofertę w zakresie m.in. tychże minimalnych wymaganych parametrów. W ocenie odwołującego, utajnienie przez konsorcjum DGP powyżej wskazanych danych, zmierza w istocie do pozbawienia wykonawców możliwości kontroli przebiegu postępowania oraz prawidłowości dokonania oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z zasadami przewidzianymi w SIWZ. Zastrzeżenie informacji, dotyczących minimalnych wymaganych parametrów produktów ogranicza podmioty uprawnione w dozwolonej kontroli postępowania i może mieć w sobie ukryty cel, jakim jest uniemożliwienie innym wykonawcom zapoznanie się z ofertą i dokonanie oceny ofert poprzez konkretne parametry i kryteria. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z okolicznością, iż ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie co do zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami podmiotu zamawiającego oraz w ramach kryteriów oceny ofert. W tym zakresie oferty winny być jawne nie tylko dla pozostałych wykonawców, ale również dla każdego zainteresowanego, (wyrok KIO z 11 grudnia 2012 r., KIO 2609/12, wyrok KIO z 15 września 2008 r., KIO/UZP 908/08). Zastrzeżenie informacji technicznych na temat minimalnych wymaganych parametrów określonych w SIWZ jest niedopuszczalne, gdyż ww. informacje w warunkach przedmiotowego postępowania, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 11 pkt 4 u.z.n.k. Spełnienie ww. granicznych wymogów (parametrów) decyduje o zgodności lub nie danej oferty z SIWZ. Informacje te tym samym nie stanowią poszczególnych danych lub zbioru danych, o których mowa w powyższym art. 11 pkt 4 u.z.n.k. Odwołujący zaznaczył również, że każdy z wymaganych dopuszczonych środków czystości jest oceniany oddzielnie, a nie jako określona koncepcja lub zespół środków. Tym samym nie ma podstaw, aby uznać, że utajnienie informacji o parametrach wyznaczonych i jednoznacznie określonych w SIWZ jest uzasadnione interesem wynikającym z przywołanej u.z.n.k.
W ocenie odwołującego z przepisu art. 8 ust. 3 Pzp jednoznacznie wynika, że możliwe jest zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa tylko co do informacji stanowiących tajemnicę, nie zaś dokumentu, w którym takie informacje mogą być częściowo zawarte. Powyższe potwierdza również utrwalone orzecznictwo KIO (np. wyrok KIO z 20 października 2016, sygn. KIO 1873/16; wyrok KIO z 12 lutego 2016, sygn. KIO 93/16). Jak wskazał odwołujący wykonawca konsorcjum DGP zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa odnośnie do złożonego przez nich z wykazu środków wraz z próbkami środków czystości oraz kartami charakterystyki a tym samym zastrzegł zestaw dokumentów, który obejmuje również parametry techniczne nie stanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa, np. wymagane parametry określone w SIWZ, sposoby zastosowania ww. środków, sposobie transportowania lub oddziaływania itp. W ocenie odwołującego w szczególności ww. konkretne parametry, sprowadzające się do kilkunastu liczb oraz inne informacje o sposobie działania środków, nieujawnione w ofercie ww. konsorcjum DGP, nie spełniają przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa i powinny zostać ujawnione. Zastrzeżenie przez wykonawców całego zestawu dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jeżeli znajdują się w nim informacje różnej wagi, w tym także pojedyncze parametry nie posiadające cechy tajemnicy, jest działaniem nie znajdującym uzasadnienia w przepisach Pzp i nie podlega tym samym ochronie. W

takiej sytuacji, zamawiający ze względu na priorytet zasady jawności, nie może chronić całego zestawu dokumentów i tym samym powinien udostępnić informacje niestanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa.
Odwołujący wyjaśnił, że konsorcjum DGP objęło tajemnicą przedsiębiorstwa uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa części oferty. W ocenie odwołującego, utajnienie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ma na celu wyłącznie utrudnieniu konkurencyjnym wykonawcom weryfikacji oferty danego wykonawcy i nie spełnia przesłanek uznania tego typu informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Praktyka zastrzegania uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa pokazuje, że jeżeli zawiera ono informacje będące tajemnicą przedsiębiorstwa, to wykonawca dzieli takie uzasadnienie na część jawną i tajną. Trudno wyobrazić sobie sytuację, że całość uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera informacje chronione prawem. Żeby skutecznie zastrzec uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa należy wykazać już w samym uzasadnieniu np. zawarcie umowy z klientem, w której zastrzega on nieinformowanie o tym, że doszło do współpracy tych dwóch podmiotów. Ale nawet w takim wypadku informacją chronioną może być tylko nazwa tego kontrahenta. Zamawiający, odmawiając odwołującemu wglądu w uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wymienionych wykonawców, praktycznie uniemożliwia mu realizację jego uprawnień ochronnych. Nie można bowiem zweryfikować kwestii ujęcia określonych informacji jako zastrzeżonych, jeżeli samo uzasadnienie, które powinno wykazać prawidłowość tej czynności, jest również zastrzeżone.
Natomiast, zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp do skutecznego objęcia konkretnych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa niezbędne jest nie tylko zastrzeżenie tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, ale również wykazanie, że przedmiotowe dane w istocie tego typu informację stanowią. W przypadku, kiedy uzasadnienie zastrzeżenia sformułowane zostało na tyle ogólnie, że nie odnosi się ono wprost do informacji, które objęto tajemnicą przedsiębiorstwa, możliwe jest ujawnienie treści tego uzasadnienia bez uszczerbku dla sytuacji danego podmiotu w postępowaniu, (wyrok KIO z 11 grudnia 2012 r., KIO 2609/12).
Dlatego Odwołujący wniósł o odtajnienie tej części informacji z uzasadnienia, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.
Odwołujący podniósł, że nazwy dokumentów potwierdzających konieczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa co do sposobu kalkulacji ceny ofertowej nie potwierdza, aby w sprawie występowały przesłanki uzasadniające owo zastrzeżenie. Umowy i dofinansowania, o których mowa w piśmie przewodnim oraz piśmie ogólnym konsorcjum DGP nie potwierdzają, aby kalkulacja cenowa została sporządzona w oparciu o autorskie i niedostępne innym wykonawcom rozwiązania. Umowy o poufności, zakazie konkurencji lub korzystaniu z dofinansowania PFRON są zwykłym i normalnym elementem w działalności wykonawców realizujących usługę objętą niniejszy postępowaniem. Stosowanie przez poszczególne firmy zabezpieczeń (w postaci umów z pracownikami, czy zabezpieczeń komputerowych), nie jest niczym nadzwyczajnym. Konsorcjum DGP nie wykazało również, która konkretnie informacja stanowić ma tajemnicę przedsiębiorstwa. Jako tajemnica przedsiębiorstwa został bowiem zastrzeżony cały kosztorys, sporządzony jako treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Oczywistym jest, że kalkulacja ta została sporządzona na potrzeby niniejszego postępowania (jako obliczenie ceny w postępowaniu). Podkreślić należy, że kalkulacja w postaci kosztorysu jest to przedstawienie kalkulacji ceny, która jest w postępowaniu jawna. Jako taka, nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Podkreślić ponownie należy, że zasadą postępowania jest jego jawność i przejrzystość. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy i winno odnosić się do jednej, konkretnej informacji. Nie jest wiarygodne zastrzeganie przez wykonawców całej kalkulacji cenowej w danym postępowaniu. Oczywistym jest, że zastrzeżenie takie ma tylko i wyłącznie na celu utrudnienie konkurencji weryfikacji zaoferowanej przez wykonawcę ceny, a tym samym służy do ewentualnego utrudnienia możliwości wniesienia środków ochrony prawnej. Odwołujący zaznaczył również, że nie uzasadnia zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, powoływanie się przez wykonawcę na bliżej nie sprecyzowane know-how, ani też na strategię cenową wykonawcy, w sytuacji, gdy zaoferowana przez niego cena jest indywidualnie kalkulowana na potrzeby niniejszego postępowania. Zawarcie w treści wyjaśnień ogólnych haseł, nie wypełnia wymaganej przesłanki (zawartej w treści art. 8 u.z.n.k) wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa.
W ocenie odwołującego wykonawca konsorcjum DGP nie wykazał, jakie szczególne środki zostały przez niego podjęte w celu ochrony takiej tajemnicy. Wskazanie poszczególnych okoliczności w rodzaju: zawarcie umów lub wydanie zarządzeń wewnętrznych, nie może zostać uznane za takie szczególne środki. Są to bowiem ogólne zasady stosowane na co dzień u większości wykonawców funkcjonujących na rynku. Wykonawca konsorcjum DGP nie wykazał także stosowania szczególnego postępowania dla zabezpieczenia tego, co wykonawca przedstawiał jako tajemnica przedsiębiorstwa (kosztorysu).
W podsumowaniu zarzutu odwołujący wskazał, ze konsorcjum DGP nie podołało wynikającemu z art. 8 ust. 3 Pzp ciężarowi wykazania ziszczenia się przesłanek kwalifikacji informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 u.z.n.k.
Wykonawca nie wykazał, w szczególności, i nie mógł wykazać – ze względu na charakter specyfikę danych informacji – że informacje, o których odtajnienie wnosi odwołujący, miały w całości charakter informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych lub handlowych posiadających wartość gospodarczą dla wykonawcy oraz, że informacje te nie zostały i nie zostaną podane do publicznej wiadomości i że wykonawcy podjęli niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.
W zakresie zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny wobec oferty wybranego wykonawcy odwołujący wskazał, że cena za realizację usługi przez wybranego wykonawcę wynosi brutto 1 048 029,86 zł, co stanowi netto 852 056,80 zł w ujęciu rocznym. Po podzieleniu ww. kwoty przez okres realizacji usługi, tj. 24 m-ce, cena miesięczna netto za wykonanie usługi wynosi 35 502,37 zł.
Zgodnie z SIWZ (Załącznik nr 1 pkt 18) wykonawca zobowiązany jest do zatrudniania w następujący sposób:
nie mniej niż 9 pełnych etatów dla osób sprzątających + jedna osoba wyznaczona do serwisu dziennego (cały etat 8 godzin) + jedna osoba jako koordynator.
Ponadto zgodnie z SIWZ usługa musi być realizowana przez 7 dni w tygodniu, gdzie tylko 8-godzinny serwis daje 237,52 roboczogodziny w miesiącu, co stanowi 1,41 etatu. Usługa sprzątania w miesiącach od września do czerwca ma być realizowana na 12 729 m^2. Wykonawca podaje w formularzu ofertowym, że będzie zatrudniał 3 osoby na cały etat + 6 osób na 0,75 etatu+ 3 osoby na 0,50 etatu. Ponadto w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, przedstawia nazwy dokumentów, które dają podstawy przypuszczać, że usługę będą realizowały osoby niepełnosprawne. Wybrany

wykonawca podał w wyjaśnieniach, że realizację zamówienia powierzy osobom zatrudnionym w sumie na 10,50 etatu, z których – zgodnie z SIWZ – 1,41 etatu będzie obsługiwać wyłącznie serwis dzienny, który to serwis nie wykonuje głównego sprzątania, a tylko czynności określone przez zamawiającego. Wobec powyższego wybrany wykonawca sprzątanie główne będzie de facto realizowała przy wykorzystaniu 9 etatów. Zatem każda osoba, obsługująca sprzątanie główne będzie musiała posprzątać 1414,33 m^2 . Posprzątanie tak dużej powierzchni jest nierealne przy zastosowaniu norm wydajnościowych dla osoby pełnosprawnej. Zatem etatyzacja zastosowania przez wybranego wykonawcę nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia, zaniża koszty wykonania zamówienia i jest nierealna. W konsekwencji cena ofertowa ww. wykonawcy jest nierynkowa i nosi znamiona rażąco niskiej ceny.
Koszt netto zatrudnienia jednej osoby na umowę o pracę wynosi około 3000 zł. Biorąc pod uwagę etatyzację, przyjętą przez wybranego wykonawcę (10,50 etatu), udział kosztów zatrudnienia w cenie oferty wynosi 32 663,28 zł.
Koszt zakupu materiałów higienicznych + chemii do sprzątania powinien wynieść około 4 000 zł. Kwota ta została ustalona na podstawie wiedzy i doświadczenia odwołującego, który aktualnie wykonuje usługę na podobnym obiekcie zamawiającego. Podczas epidemii COVID-19, zużycie środków higienicznych wzrosło względem okresu sprzed epidemii. Dotychczasowe doświadczenia pokazują, że koszt środków dezynfekcyjnych i higienicznych oraz koszt zabezpieczenia osób realizujących zamówienia (rękawiczki jednorazowe, maseczki itp.), na obiektach odpowiadających obiektowi zamawiającego, wzrosły średniomiesięcznie o około 2500 zł. Cena zaoferowana przez wykonawcę nie potwierdza, aby został w niej uwzględniony ww. zmieniony koszt realizacji prac, wykonywanych w miejscach powszechnie dostępnych lub miejscach dostępnych dla szerokiego grona osób.
Ponadto zgodnie z SIWZ wykonawca zobowiązany był w cenie ofertowej skalkulować koszty usług dodatkowych.
Zamawiający wymaga akrylowania powierzchni 1 raz w roku 3242 m^2 .Cena rynkowa za 1m^2 akrylowania (chemia + robocizna) wynosi ok. 3,5 zł co daje 3242 x 3,5 zł = 11 347,00 zł w ujęciu rocznym. Po podzieleniu ww. kwoty przez 12 miesięcy, koszt miesięczny wynosi 945,58 zł.
Zamawiający wymaga olejowania 1 raz w roku na powierzchni 1620 m^2 .Cena rynkowa takiej usługi wynosi około 10 zł za 1 m2 = 16 200,00 zł. Po podzieleniu ww. kwoty przez 12 miesięcy, koszt miesięczny wynosi 1350 zł.
Zamawiający wymaga prania rolet pionowych 1 raz w roku (2 432 m^2). Cena rynkowa wynosi 12 zł za lm2, co daje 29 184 zł. Po podzieleniu ww. kwoty przez 12 miesięcy, koszt miesięczny wynosi 1 216,00 zł.
Zamawiający wymaga prania tapicerki krzeseł w liczbie 3500 sztuk 1 raz w roku. Cena rynkowa wynosi 6 zł za sztukę, co nam 21 000 zł. Po podzieleniu ww. kwoty przez 12 miesięcy, koszt miesięczny wynosi 1 750 zł.
Zamawiający wymaga prania wykładziny dywanowej (5232 m^2) 1 raz w roku. Cena rynkowa wynosi 2 zł za 1 m^2, co daje koszt na poziomie 17 500 zł. Po podzieleniu ww. kwoty przez 12 miesięcy, koszt miesięczny wynosi 872 zł.
Kwoty przedstawione powyżej zostały zaprezentowane przez odwołującego w ujęciu netto.
Odwołujący stwierdził, że wybrany wykonawca w swoich wyjaśnieniach podaje tylko koszty materiałów higienicznych i koszty środków do usług okresowych. Wyliczenie wybranego wykonawcy nie uwzględniają zakupu środków dezynfekujących i ochronnych dla pracowników. Ponadto w kosztach prac okresowych, podanych przez wybranego wykonawcę, nie są ujęte koszty pracy do wykonania tychże prac okresowych. Wyliczenie kosztów prac okresowych ogranicza się wyłącznie do wydatków na środki, przy pomocy których realizowane są te czynności. W wyjaśnieniach wybranego wykonawcy nie są też ujęte żadne koszty, dotyczące amortyzacji sprzętu i maszyn. Miesięczny przychód wybranego wykonawcy wynosi 35 502,36 zł, podczas gdy same koszty pracy (koszty zatrudnienia) tego wykonawcy wynoszą 32 663,28 zł. Wobec powyższego odwołujący podniósł, że za cenę zaoferowana przez wybranego wykonawcę nie można należycie zrealizować zamówienia, a ceną przez niego zaoferowana, jest cenę nierealną. Odwołujący podniósł również, że wyjaśnienie sposobu kalkulacji ceny, przedstawione przez wybranego wykonawcę, nie potwierdzają, aby skalkulowana przez niego cena, nie była ceną rażąco niską. Wyjaśnienia te nie uwzględniają szeregu kosztów, które wykonawca zobowiązany jest ponosić w związku z realizacją zamówienia, a nadto etatyzacja zastosowana przez wybranego wykonawcę, nie zapewnia należytej obsługi powierzchni w wymiarze wymaganym w SIWZ.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny wobec oferty konsorcjum DGP odwołujący wskazał, że cena za realizację usługi przez konsorcjum DGP wynosi brutto 1 234 079,02 zł (netto 1 003 316,28 zł). Po podzieleniu ww. ceny przez 24 m-ce tj. przez okres realizacji umowy, cena miesięczna netto za wykonanie usługi wynosi 41 804,85 zł.
Zgodnie z SIWZ (Załącznik nr 1 pkt 18) Wykonawca zobowiązany jest do zatrudniania w następujący sposób:
nie mniej niż 9 pełnych etatów dla osób sprzątających + jedna osoba wyznaczona do serwisu dziennego (cały etat 8 godzin) + jedna osoba jako koordynator.
Ponadto, zgodnie z SIWZ, usługa musi być realizowana przez 7 dni w tygodniu, gdzie tylko 8-godzinny serwis daje 237,52 roboczogodziny w miesiącu, co stanowi 1,41 etatu.
Usługa sprzątania w miesiącach od września do czerwca ma być realizowana na 12 729 m^2. Wykonawca konsorcjum DGP podaje w formularzu ofertowym, że będzie zatrudniał 3 osoby na cały etat + 6 osób na 0,75 etatu + 3 osoby na 0,50 etatu. Ponadto w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, wymienia nazwy dokumentów, które dają podstawy przypuszczać, że usługę będą realizowały osoby niepełnosprawne.
Odwołujący wyjaśnił, że wydajność pracowników niepełnosprawnych jest dużo niższa, niż wydajność pracowników pełnosprawnych. Obowiązujące normy określają, iż osoba pełnosprawna w ciągu 8 godzin pracy może posprzątać około 1000-1200 m^2. Osoba niepełnosprawna, zgodnie z ww. normami, w tym czasie może posprzątać około 600-700 m^2.
Konsorcjum DGP podało w formularzu ofertowym, że zrealizuje zamówienie przy udziale osób zatrudnionych w sumie na 9 etatach, z czego 1,41 etatu musi – zgodnie z SIWZ – realizować serwis dzienny, który nie wykonuje głównego sprzątania, lecz wyłącznie czynności określone przez zamawiającego. Wobec powyższego, konsorcjum DGP, do sprzątania głównego może wyznaczyć osoby, które w sumie będą zatrudnione na 7,59 etatu (9 etatów - 1,41 etatu = 7,59 etatu). W związku z tym, że osoby zatrudnione na 7,59 etatu muszą posprzątać łącznie każda z zatrudnionych w ramach sprzątania głównego osób obsługiwanego łącznie 12 729 m^2, na 1 etat przypada 1 677,10 m^2 (12 729 m^2 / 7,59 etatu = 1 677,10 m^2). Posprzątanie tak dużej powierzchni jest nierealne przy zastosowaniu norm wydajnościowych dla osoby pełnosprawnej. Tym samym należyte wykonanie zamówienia jest w ogóle niemożliwe do zrealizowania przy udziale osób niepełnosprawnych. Zatem etatyzacja, zastosowania przez konsorcjum DGP, nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia, zaniża koszty jego wykonania i jest nierealna. W konsekwencji cena ofertowa ww. wykonawcy

jest nierynkowa i nosi znamiona rażąco niskiej ceny.
Ponadto jak wskazał odwołujący koszt netto zatrudnienia jednego pracownika na umowę o pracę wynosi około 3 000 zł. Miesięczny koszt wykonania zamówienia przy uwzględnieniu wyłącznie kosztów zatrudnienia osób realizujących zamówienie wynosi więc 27 000 zł. (9 etatów x 3000 zł). Usługa nie jest możliwa do zrealizowana przy zastosowaniu organizacji pracy przyjętej przez konsorcjum DGP. Wykonawca ten podaje w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny informacje, że będzie zatrudniał osoby niepełnosprawne. Osoby niepełnosprawne mają zagwarantowany ustawowo wyższy wymiar urlopu, niż osoby pełnosprawne. Na czas urlopu osoby niepełnosprawnej wykonawca – w ramach zastępstwa – musi oddelegować do realizacji zamówienia również osoby zatrudnione na umowę o pracę. Cena ofertowa konsorcjum DGP nie wydaje się wystarczająco wysoka, aby koszt ww. zastępstw został w niej uwzględniony.
Koszt zakupu materiałów higienicznych + chemii do sprzątania powinien wynieść około 4 000 zł. Kwota ta została ustalona na podstawie wiedzy i doświadczenia odwołującego, który aktualnie wykonuje usługę na podobnym obiekcie zamawiającego. Podczas epidemii COVID-19 zużycie środków higienicznych wzrosło względem okresu sprzed epidemii. Dotychczasowe doświadczenia pokazują, że koszt środków dezynfekcyjnych i higienicznych oraz koszt zabezpieczenia osób realizujących zamówienia (rękawiczki jednorazowe, maseczki itp.), na obiektach odpowiadających obiektowi zamawiającego wzrosły średniomiesięcznie o około 2 500 zł. Cena zaoferowana przez konsorcjum DGP nie potwierdza, aby został w niej uwzględniony ww. zmieniony koszt realizacji prac, wykonywanych w miejscach powszechnie dostępnych lub miejscach dostępnych dla szerokiego grona osób.
Ponadto, zgodnie z SIWZ, wykonawca zobowiązany był w cenie ofertowej skalkulować koszty usług dodatkowych.
Zamawiający wymaga akrylowania powierzchni 1 raz w roku 3242 m^2 .Cena rynkowa za 1m^2 akrylowania (chemia + robocizna) wynosi ok. 3,5 zł, co daje 11 347,00 zł w ujęciu rocznym (3242 m^2 x 3,5 zł = 11 347,00 zł). Po podzieleniu ww. kwoty przez 12 miesięcy, koszt miesięczny wynosi 945,58 zł.
Zamawiający wymaga olejowania 1 raz w roku na powierzchni 1620 m^2. Cena rynkowa takiej usługi wynosi około 10 zł za 1 m^2, co daje łącznie kwotę 16 200,00 zł. Po podzieleniu ww. kwoty przez 12 miesięcy, koszt miesięczny wynosi 1350 zł.
Zamawiający wymaga prania rolet pionowych 1 raz w roku (2 432 m^2). Cena rynkowa wynosi 12 zł za lm^2, co daje łącznie kwotę 29 184 zł. Po podzieleniu ww. kwoty przez 12 miesięcy, koszt miesięczny wynosi 1 216,00 zł.
Zamawiający wymaga prania tapicerki krzeseł (3500 sztuk) 1 raz w roku. Cena rynkowa wynosi 6 zł za sztukę co daje łączny koszt tej usługi na poziomie 21 000 zł. Po podzieleniu ww. kwoty przez 12 miesięcy, koszt miesięczny wynosi 1 750 zł.
Zamawiający wymaga prania wykładziny dywanowej (5232 m^2) 1 raz w roku. Cena rynkowa wynosi 2 zł za 1 m^2, co daje kwotę 17 500 zł. Po podzieleniu ww. kwoty przez 12 miesięcy, koszt miesięczny wynosi 872 zł.
Kwoty przedstawione powyżej zostały zaprezentowane przez odwołującego w ujęciu netto.
Biorąc powyższe pod uwagę, odwołujący podniósł, że przy organizacji pracy, przyjętej przez konsorcjum DGP, zamówienie powinno być realizowane przez zespół osób, zatrudniony w łącznym wymiarze 11,50 etatu, a miesięczny koszt pracy tego zespołu wynosi 34 500,00 zł. Po uwzględnieniu kosztu materiałów higienicznych i środków dezynfekujących w minimalnej wysokości 6 500,00 zł oraz kosztu prac okresowych w łącznej wysokości 6 133,58 zł i kosztu amortyzacji maszyn i sprzętu na poziomie około 1700,00 zł (zamawiający wymaga doczyszczania podłóg), rzeczywisty koszt oferty konsorcjum DGP powinien wynieść: 48 833,58 zł.
W zakresie zarzutów dotyczących art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp odwołujący stwierdził, że deklaracja wybranego wykonawcy oraz konsorcjum DGP w zakresie realizacji zamówienia za powyższe ceny grozi zamawiającemu nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości. Kalkulacja wynagrodzenia na takim poziomie, stanowi bezspornie czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o u.z.n.k. 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 nieznajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.
Odwołujący wskazał, że cena ofertowa nie może być wytłumaczona przez konsorcjum DGP otrzymywanym dofinansowaniem do wynagrodzenia pracowników niepełnosprawnych. Zadeklarowanie otrzymywanie ww. dofinansowania w żaden sposób nie oznacza, że pomoc publiczna została przyznana wykonawcy do realizacji niniejszego zamówienia dla osób wskazanych do wykonania ww. usług. 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. Odwołujący stawia tezę, iż wyliczenia ww. wykonawcy opierają się na gołosłownych oświadczeniach o wysokości dofinasowań, które nie odzwierciedlają stanu rzeczywistego przy realizacji obecnej umowy. Tym samym wyjaśnienia w tym zakresie są pozbawione dowodów, niewiarygodne i nie powinny zostać uwzględnione przez zamawiającego.
Odwołujący nadto wskazał, że zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Zaoferowane przez ww. wykonawców ceny za realizację zamówienia w zakresie zadania nr 1 są zdaniem odwołującego rażąco niskie i stanowią *de facto* sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, co wypełnia dyspozycję przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podkreślił, iż

przedstawione stanowisko potwierdza opinia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. „Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji" (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1. poz. 240). W opinii tej UOKiK napisał m.in.: „Na wstępie należy wskazać, że nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione przesłanki z art. 15 uznk. Za takie będą więc uznawane tylko działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy (art. 3 ust. 1), są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnianiem dostępu do rynku polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest art. 15 ustawy. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z danego rynku, ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków nieznajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji". Oferowanie towarów lub usług poniżej ceny ich wytworzenia (cena dumpingowa do której kwalifikowana jest również cena rażąco niska) jest działaniem mającym na celu utrudnianie dostępu do rynku, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i tym samym wypełnia przesłanki, o których mowa zarówno w przywołanej powyżej ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jak również stanowi przesłankę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: M. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Mega Plus M. D. z siedzibą w Poznaniu oraz P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PITT STAR P. S. z siedzibą w Poznaniu oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: DGP Clean Partner Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, Seban Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, 7 MG Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, DGP Provider Sp. z o. o. z siedzibą w Legnicy i Partner Medica Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy.

Zamawiający pismem z dnia 24 września 2020 r. poinformował, że odtajnił uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa złożone wraz z ofertą przez konsorcjum DGP. Ponadto zamawiający wskazał, że przesłał odtajniony dokument odwołującemu.

Zgłaszający przystąpienie wykonawca – konsorcjum DGP na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron złożył pismo zawierające stanowisko wobec podniesionych przez odwołującego zarzutów odnośnie jego oferty. Pismo zastrzegł jako zawierające informacje zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa i jego odpis doręczono tylko zamawiającemu. Ww. wykonawca do pisma dołączył także trzy załączniki, spośród których dwa zostały zastrzeżone jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa i ich odpisy doręczono tylko zamawiającemu. Odpis dokumentu niezastrzeżonego jako zawierający tajemnicę przedsiębiorstwa został doręczony obu stronom.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba uznała, że odwołujący spełnił określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego, jako uczestnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DGP Clean Partner Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, Seban Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, 7 MG Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, DGP Provider Sp. z o. o. z siedzibą w Legnicy i Partner Medica Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy (zwanych dalej: „przystępującym" lub nadal: „konsorcjum DGP").

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym, jako uczestnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Mega Plus M. D. z siedzibą w Poznaniu oraz P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PITT STAR P. S. z siedzibą w Poznaniu (zwanych dalej: „wybranym wykonawcą"), którzy zgłosili przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.
Tytułem wyjaśnienia należy wskazać, że wybrany wykonawca informację o zgłoszonym przystąpieniu po stronie zamawiającego przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2020 r. za pomocą wiadomości e-mail skierowanej na adres (wiadomość e-mail z godz. 13:15). Do wiadomości zostało załączone pismo o przystąpieniu w formacie .pdf.
Zgodnie z art. 185 ust. 2 zd. 2 Pzp zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie, natomiast na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę, wnoszone w formie pisemnej w postaci elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, oraz dalsze pisma w sprawie wnoszone w tej postaci przekazuje się za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej Izby, udostępnionej na stronie internetowej Urzędu.
Jak wskazano powyżej wybrany wykonawca nie zgłosił przystąpienia za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej Izby, udostępnionej na stronie internetowej Urzędu, stąd zgłoszone przystąpienie nie spełniało wymogów formalnych zawartych w cytowanych powyżej przepisach, zatem Izba uznała je za nieskuteczne.

Izba dopuściła w przedmiotowej sprawie dowody z:
1)dokumentacji przekazanej po części w postaci papierowej, a po części w postaci elektronicznej zapisanej na płycie CD, przesłanej do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 26 sierpnia 2020 r., w tym w szczególności z treści:
- SIWZ wraz z załącznikami;
- odpowiedzi na pytania do treści SIWZ nr 2-19 z dnia 18 czerwca 2020 r.;
- odpowiedzi na pytania do treści SIWZ nr 20-31 z dnia 19 czerwca 2020 r.;
- oferty wybranego wykonawcy wraz z załącznikami;
- oferty przystępującego wraz z załącznikami;
- wezwań do wyjaśnień z dnia 6 lipca 2020 r. skierowanych przez zamawiającego do wybranego wykonawcy oraz przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp;
- odpowiedzi wybranego wykonawcy na powyższe wezwanie z dnia 8 lipca 2020 r.;
- odpowiedzi przystępującego na powyższe wezwanie z dnia 10 lipca 2020 r.;
- informacji o wyniku postępowania dla części nr 2 zamówienia z dnia 7 sierpnia 2020 r.
2)załączonego do odwołania oświadczenia producenta wraz ze specyfikacją produktu – papier Katrin Classic Gigant S2;
3)pisma zamawiającego z dnia 24 września 2020 r. zawierającego informację o odtajnieniu uzasadnienia zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa złożonego wraz z ofertą przez konsorcjum DGP, potwierdzającego także przekazanie odtajnionego uzasadnienia odwołującemu;
4)załączników do stanowiska pisemnego przystępującego.

Izba ustaliła co następuje.

Zgodnie z rozdziałem III ust. 7 SIWZ –*Wykonawca dostarczy karty charakterystyki środków czystości /opisy środków czystości umożliwiające ocenę zgodności oferowanych środków z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ*.

W rozdziale VI SIWZ zamawiający określił wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. W części dotyczącej dokumentów składanych wraz z ofertą, a potwierdzających spełnianie określonych wymagań (rozdział VI ust. 2 pkt 7 SIWZ) zamawiający wymagał złożenia próbek środków czystości w celu oceny ofert w ramach kryterium oceny, w tym:
- 1 szt. papieru toaletowego (1 rolka) – zgodnie z opisem zawartym w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik do SIWZ,
- 1 szt. mydła w płynie – zgodnie z opisem zawartym w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik do SIWZ.
Jak wynika z opisu dotyczącego próbek – *Dostarczone próbki środków do utrzymania czystości będą służyły do oceny ofert w kryterium jakości zgodnie z rozdziałem XII pkt. 2 SIWZ. Wszystkie dostarczone środki czystości, winny być o bezspornej, dobrej jakości, dopuszczone do użytkowania i obrotu na rynku polskim, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa*.

W załączniku B w części dotyczącej szczegółowego zakres usług utrzymania czystości w budynku Collegium Historicum w pkt 18 zamawiający postawił następujący wymóg:
Do wykonania usługi Wykonawca zaangażuje niezbędną ilość pracowników (tj. nie mniej niż 9 pełnych etatów dla osób sprzątających, plus jedna osoba wyznaczona do serwisu dziennego, plus jedna osoba wyznaczona jak koordynator) wyposażonych w odpowiedni sprzęt, narzędzia, materiały, środki czystości i higieny, jak również w odzież ochronną z logo Wykonawcy oraz identyfikatorem imiennym. Zamawiający wymaga, aby pracownicy zaangażowani do wykonania usługi zatrudnieni byli przez Wykonawcę na podstawie umowy o pracę. Zamawiający nie określa wymiaru etatu na jaki mają być zatrudnieni pracownicy Wykonawcy. Zamawiający wymaga natomiast, aby wszelkie czynności dotyczące realizacji przedmiotowego zamówienia osoby wykonywały w ramach łączącej ich z Wykonawcą umowy o pracę.

W załączniku B w części dotyczącej wykonywania usługi w budynku Collegium Historicum, zamawiający zawarł opis przedmiotu zamówienia na przedmiotową usługę i podał m. in. następujące wymogi:
- w zakresie papieru toaletowego – *szerokość wstęgi 9,2 - 9,5 cm*;
- w zakresie mydła w płynie – *PH zbliżone do naturalnego - 5,5, zawartość suchej substancji organicznej min. 6 - 7%; w skład mydła wchodzą: Coco Glucoside, Polyquaternium 7, trwałość min. 1 rok*.

W udzielonej w dniu 18 czerwca 2020 r. odpowiedzi na pytanie nr 10, dotyczące pkt 18 załącznika B do SIWZ zamawiający wskazał, że *Zamawiający nie określa wymiary etatu na jaki mają być zatrudnieni pracownicy Wykonawcy, jednakże Zamawiający wymaga by łącznie było nie mniej niż 9 pełnych etatów.*

W dniu 19 czerwca 2020 r. zamawiający opublikował kolejny zestaw odpowiedzi na pytania do treści SIWZ. Pytania nr 21 i 23 oraz odpowiedzi na nie dotyczyły parametrów papieru toaletowego i mydła w płynie. Treść ich była następująca:
Pyt. 21:
Dotyczy opisów produktów w Załącznika A i Załącznika B (każda część zamówienia): Zamawiający podał opis papieru toaletowego – duże rolki, w związku z tym zapisem:
a)prosimy o dopuszczenie papieru toaletowego o szerokości wstęgi 9,0- 9,5cm (są to standardowe wymiary papierów dostępnych na rynku)? – dotyczy załącznika B
Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza papier toaletowy w szerokości wstęgi 9,0 – 9,5 cm.
Pyt. 23:
Zamawiający podał opis mydła w płynie
Prosimy o dopuszczenie do oceny mydło w płynie, z zawartością gliceryny, prowitaminy B5 oraz allantoiny, posiadające w swoim składzie Coco Glucoside (bez Polyquaternium-7), PH z zakresu 5,56,6, zawartość suchej substancji organicznej powyżej 18%, trwałość min. 1 rok? Prosimy o dopuszczenie do oceny mydło w płynie o PH z zakresu 5,5-6,6, zawartość suchej substancji organicznej 13 %-14%. W przypadku braku wyrażenia zgodny, prosimy o wskazanie jakie mydło spełni oczekiwania Zamawiającego. W przeciwnym wypadku, żadna z firm nie będzie mogła złożyć oferty, nie podlegającej odrzuceniu.
Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza do oceny mydło w płynie o PH 5,5 - 6,6 (PH naturalne dla skóry) z zawartością gliceryny, prowitaminy B5 oraz allantoiny, posiadające w swoim składzie Coco Glucoside (bez Polyquaternium-7). Zamawiający zmienia zawartość suchej substancji organicznej na min. 6%, trwałość min. 1 rok.
Wybrany wykonawca oraz przystępujący złożyli wraz z ofertami wymagane dokumenty w tym próbki i karty charakterystyki papieru toaletowego oraz mydła w płynie. Przy czym przystępujący zastrzegł jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa następujące dokumenty:

- uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa;
- dołączone do uzasadnienia zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, załączniki – dowody w postaci:
a) zarządzenia wewnętrznego Prezesa Zarządu DGP Dozorbud Grupa Polska SP. z o.o. nr 9/2016 z dnia 17.06.2016 r.;
b) umowy o pracę z osobą sporządzającą pismo oraz wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami;
c) umowy o zakazie konkurencji w czasie trwania stosunku pracy osoby sporządzającej pismo oraz wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami;
- „Wykaz oferowanych środków czystości przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, według wzoru Zamawiającego stanowiącego część formularza ofertowo";
- Próbki środków czystości;
- „Karty charakterystyki dla środków czystości/ opis środków przeznaczonych przez Wykonawcę do realizacji umowy".

Zamawiający pismami z dnia 6 lipca 2020 r. wezwał wybranego wykonawcę oraz przystępującego na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Wybrany wykonawca w dniu 8 lipca 2020 r. przekazał zamawiającemu wyjaśnienia stanowiące odpowiedź na powyższe wezwanie. Wyjaśnienia tego wykonawcy zostały przedstawione w rozbiciu na rozliczenie kosztów i przychodów w okresie 1 września – 30 czerwca oraz z w okresie 1 lipca – 31 sierpnia.

Przystępujący przesłał swoje wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z pismem z dnia 10 lipca 2020 r. W piśmie tym poinformował, że zastrzegł jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa następujące załączniki:
1) uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa;
2) wyjaśnienia i opis elementów wpływających na cenę;
3) dołączone do uzasadnienia zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz wyjaśnień i opisu elementów wpływających na cenę załączniki w postaci:
a) umowy o pracę z osobą sporządzającą niniejsze wyjaśnienia – załącznik nr 1 do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wyjaśnień i opisu elementów wpływających na cenę,
b) umowy o zakazie konkurencji osoby sporządzającej niniejsze wyjaśnienia – załącznik nr 2 do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wyjaśnień i opisu elementów wpływających na cenę,
c) zarządzenia wewnętrznego Prezesa Zarządu DGP Dozorbud Grupa Polska SP. z o.o. nr 9/2016 z dnia 17.06.2016r. – załącznik nr 3 do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wyjaśnień i opisu elementów wpływających na cenę,
d) dokumentów dot. osoby niepełnosprawnej tj. zaświadczenie o niepełnosprawności, zaświadczenie o dopuszczeniu do pracy do 8 godzin dziennie oraz umowa o pracę – załącznik nr 4 do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wyjaśnień i opisu elementów wpływających na cenę,
e) potwierdzenia korzystania z dofinansowania PFRON dla spółki DGP Clean Partner i Seban – załącznik nr 5 do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wyjaśnień i opisu elementów wpływających na cenę,
f) umowa zawartej z dostawcą – załącznik nr 6 do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wyjaśnień i opisu elementów wpływających na cenę.

W dniu 7 sierpnia 2020 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części 2 zamówienia. Za najkorzystniejszą w tej części została uznana oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Mega Plus M. D. z siedzibą w Poznaniu oraz P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PITT STAR P. S. z siedzibą w Poznaniu. Oferta przystępującego w rankingu ofert została sklasyfikowana na drugim miejscu, a oferta odwołującego na trzecim.

Zamawiający pismem z dnia 24 września 2020 r. poinformował, że odtajnił uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa złożone wraz z ofertą przez przystępującego.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:
- art. 7 ust. 1 i 3 Pzp – *1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*
3. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3*;
- art. 8 ust, 1, 2 i 3 Pzp – *1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.*
2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.
- art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*;
- art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia*;
- art. 91 ust. 1 Pzp – *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia*;
- art. 90 ust. 1-4 Pzp – *1. 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 2018 r. poz. 2177);
2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.
2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.
3. 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.
4. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający zawiadamia Prezesa Urzędu oraz Komisję Europejską o odrzuceniu ofert, które według zamawiającego zawierały rażąco niską cenę lub koszt z powodu udzielenia pomocy publicznej, a wykonawca, w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, nie udowodnił, że pomoc ta jest zgodna z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej.
- art. 11 ust. 4 u.z.n.k. – *Wykorzystanie lub ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności gdy następuje bez zgody uprawnionego do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi i narusza obowiązek ograniczenia ich wykorzystywania lub ujawniania wynikający z ustawy, czynności prawnej lub z innego aktu albo gdy zostało dokonane przez osobę, która pozyskała te informacje, dokonując czynu nieuczciwej konkurencji*;
- art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. – *Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. Izba w pierwszej kolejności odniosła się do zarzutów dotyczących wybranego wykonawcy i jego oferty, ponieważ miały one decydujące znaczenie z punktu widzenia wpływu na wynik postępowania w ramach części nr 2 zamówienia.

W ocenie składu orzekającego nie potwierdziły się okoliczności składające się na zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W ramach tego zarzutu odwołujący wskazał, że oferta wybranego wykonawcy nie była zgodna z treścią SIWZ w zakresie wymogu odnoszącego się do papieru toaletowego (dokładniej szerokości wstęgi) oraz mydła w płynie (dokładniej wartości PH tego mydła).

W zakresie niespełnienia wymogu dotyczącego papieru toaletowego odwołujący wskazywał, że zamawiający ustalił wymóg w zakresie szerokości wstęgi papieru (po uwzględnieniu odpowiedzi na pytanie nr 21 z 19 czerwca 2020 r.) w przedziale 9,0-9,5 cm, natomiast aktualnie, szerokość wstęgi papieru toaletowego zaoferowanego przez wybranego wykonawcę wynosi 88 mm, czyli 8,8 cm. W tym zakresie należy wskazać, że cała argumentacja odwołującego została zbudowana i opierała się na oświadczeniu producenta oraz specyfikacji papieru, z których wynikało, że papier o parametrach dotyczących szerokości wstęgi w zakresie wymaganym w SIWZ nie jest już produkowany.
Wybrany wykonawca w formularzu ofertowym w pozycji dotyczącej papieru toaletowego wskazał produkt o nazwie KATRIN CLASSIC GIGANT S2, a wraz z ofertą na potwierdzenie wymogów w tym zakresie złożył kartę charakterystyki oraz jedną rolkę papieru jako próbkę, tego produktu. Z karty charakterystyki złożonej przez wybranego wykonawcę wynikało, że szerokość wstęgi tego produktu wynosi 95 mm, czyli 9,5 cm. Ponadto na rozprawie zamawiający wyjaśnił, że w ramach badania oferty wybranego wykonawcy dokonał pomiaru szerokości wstęgi oferowanego przez tego wykonawcę papieru i w wyniku tego stwierdził, że była ona zgodna z postawionymi wymogami.
Stanowisko odwołującego sprowadzało się do twierdzenia, że złożona przez wybranego wykonawcę karta charakterystyki produktu była nieaktualna, gdyż aktualnie oferowany przez wybranego wykonawcę papier o szerokości wstęgi podanej w ofercie nie jest już produkowany, przez co oferta tego wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ.
Skład orzekający stwierdził, że karta charakterystyki produktu złożona przez wybranego wykonawcę została opatrzona datą 25 czerwca 2018 r., natomiast otwarcie ofert w postępowaniu nastąpiło 30 czerwca 2020 r. o godz. 11:00, a załączone do odwołania oświadczenie producenta dotyczące aktualnej specyfikacji produktu pochodzi z dnia 13 sierpnia 2020 r., natomiast aktualna specyfikacja produktu z dnia 10 sierpnia 2020 r. Z analizy powyższych okoliczności można wyciągnąć wniosek, że papier o parametrach podanych przez wybranego wykonawcę, był produkowany i można założyć, iż dalej był dostępny na rynku. Stanowisko odwołującego, w tym także złożone przez niego dowody nie pozwoliły składowi orzekającego zakwestionować powyższego założenia czy też uznać je za nieprawdziwe. Z oświadczenia załączonego do odwołania nie wynikało kiedy produkcja papieru o parametrach przedstawionych przez wybranego wykonawcę została zakończona. Jak słusznie zauważył na rozprawie zamawiający samo zaprzestanie produkcji nie oznacza, że dany produkt został wycofany z rynku lub jest już na nim niedostępny. Odwołujący nie wykazał, że oferowany przez wybranego wykonawcę papier toaletowy nie jest dostępny na rynku lub został z niego wycofany, nie podał także informacji kiedy dokładnie zaprzestano jego produkcji, przez co nie można było ustalić w jaki sposób zaprzestanie produkcji oferowanego produktu, w tym moment tego zaprzestania, przekłada się na jego dostępność na rynku.
W tym kontekście Izba uznała, że zamawiający przy badaniu i ocenie oferty wybranego wykonawcy słusznie skupił się na dokumentach, które wymagał w tym celu tj. na karcie charakterystyki oraz na próbce. Z tych dokumentów wynikało, że wymóg dotyczący szerokości wstęgi papieru został spełniony, a odwołujący swoją argumentacją oraz przez złożone dowody nie wykazał okoliczności przeciwnej, zatem Izba oddaliła zarzut w przedmiotowym zakresie.
Nie potwierdził się także zarzut odnoszący się do wskaźnika PH mydła w płynie oferowanego przez wybranego wykonawcę. Wybrany wykonawca zaoferował mydło w płynie, dla którego wartość PH wynosiła 5,2-5,8 (str. 4 złożonej karty charakterystyki produktu).
Odwołujący w ocenie składu orzekającego nieprawidłowo zinterpretował wymóg podany w tym zakresie w dokumentacji. Wskazał on w odwołaniu, że zamawiający zgodnie z załącznikiem B do SIWZ w pkt 3 wymagał mydła w płynie, którego wartość PH jest równa 5,5. Z treści ww. postanowienia wynika, że PH mydła w płynie miało być zbliżone do naturalnego – 5,5. Zamawiający nie podał jednej, konkretnej wartości dotyczącej PH mydła w płynie. Konstrukcja tego wymogu wskazuje, że zamawiający wymagał pewnego przedziału wartości PH, który będzie zbliżony do naturalnego. Co prawda pewnym uchybieniem zamawiającego była okoliczność braku wskazania tego, co rozumiał przez określenie „zbliżone do

naturalnego” np. przez podanie dopuszczalnego przez niego przedziału wartości PH, jednak – jak słusznie wyjaśnił na rozprawie zamawiający – wskazówką dla ustalenia tego zakresu była odpowiedź na pytanie nr 23 udzielona w dniu 19 czerwca 2020 r. W wyniku tej odpowiedzi zamawiający dopuścił jako naturalne dla skóry mydło o PH zawierającym się w przedziale od 5,5 do 6,6. Skoro zamawiający dopuścił jako zgodną z SIWZ wartość PH odbiegającą o 1,1 PH od przyjętego założenia to należało uznać, że także mydło oferowane przez wybranego wykonawcę było zgodne z tym wymogiem, ponieważ wartość jego PH zawierała się przedziale, który odbiegał od wyjściowej wartości w mniejszym zakresie niż dopuszczone 1,1 PH (tj. od -0,3 PH do +0,3 PH).
W związku z powyższym Izba uznała, że nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wobec oferty wybranego wykonawcy, zatem podlegał on oddaleniu.
Izba oddaliła także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, dotyczący oferty wybranego wykonawcy. Skład orzekający uznał, że argumentacja odwołującego w tym zakresie była gołosłowna, niepoparta żadnymi dowodami oraz wynikała z błędnych założeń.
Już pierwsze założenie zawarte w odwołaniu odnośnie tego zarzutu w ocenie Izby było błędne. Odwołujący ustalił miesięczną cenę oferty wybranego wykonawcy za realizację usługi przez podzielenie całościowej kwoty z oferty przez liczbę 24, która miała odpowiadać liczbie miesięcy przypadających na realizację zamówienia. Ustalenie to Izba uznała za błędne ponieważ zamawiający w dokumentacji rozróżnił dwa okresy realizacji umowy tj. okres od 1 września do 30 czerwca (który można nazwać okresem zwykłym) oraz okres od 1 lipca do 31 sierpnia (który można określić jako okres wakacyjny). W taki też sposób powinno zostać dokonane wyliczenie miesięcznego kosztu usługi tj. z uwzględnieniem podziału na miesiące zwykłe i wakacyjne. Miało to bardzo istotne znaczenie, ponieważ wybrany wykonawca w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 8 lipca 2020 r. uwzględnił te dwa okresy wskazując określone pozycje kosztów w tych okresach. Jak ustaliła Izba część pozycji wskazanych w odwołaniu jako konieczne do wykonania raz w roku, takich jak: konserwowanie wykładzin PCV, olejowanie czy czyszczenie rolet, została przedstawiona przez wybranego wykonawcę w wyjaśnieniach jako przeznaczone do wykonania w okresie wakacyjnym, co ma swoje uzasadnienie mając na uwadze, że w tym okresie mniejsza ilość osób postronnych (niebędących pracownikami wykonawcy) na terenie budynku pozwoli wykonawcy na sprawniejsze wykonanie zadania. Pozostałe prace wymienione w odwołaniu tj. pranie tapicerki oraz wykładziny dywanowej określone zostały jako przeznaczone do wykonania w okresie zwykłym, co oznacza, że nie było powodów do uznania, iż wybrany wykonawca nie ujął ich w swojej ofercie. Ponadto kwoty za jakie wycenił je odwołujący nie zostały poparte żadnymi dowodami, a zamawiający wyjaśnienia ceny tych prac nie wymagał, zatem należy przyjąć, że nie powodowały one jego wątpliwości i odpowiedź wybranego wykonawcy w tym zakresie należy uznać za wystarczającą.
Odwołujący stwierdził także, że koszt zakupu materiałów higienicznych i chemii do sprzątania powinien wynieść około 4 000 zł. Kwota ta została ustalona na podstawie wiedzy i doświadczenia odwołującego, który aktualnie wykonuje usługę na podobnym obiekcie zamawiającego. Ponadto odwołujący wskazał, że podczas epidemii COVID-19 zużycie środków higienicznych wzrosło względem okresu sprzed epidemii. Dotychczasowe doświadczenia pokazują, że koszty środków dezynfekcyjnych i higienicznych oraz koszty zabezpieczenia osób realizujących zamówienia (rękawiczki jednorazowe, maseczki itp.), na obiektach odpowiadających obiektowi zamawiającego wzrosły średniomiesięcznie o około 2 500 zł. Powyższe wyliczenia odwołującego nie zostały poparte żadnymi dowodami, zatem Izba nie znalazła podstaw do przyjęcia ich za słuszne. W tym kontekście dyspozycja art. 90 ust. 2 Pzp wskazująca, że obowiązek wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, nie powinna zwalniać odwołującego z obowiązku udowodnienia słuszności swoich założeń, w szczególności w sytuacji, w której zamawiający nie wymagał szczegółowego wyjaśnienia tych rodzajów kosztów od wybranego wykonawcy.
Izba rozpoznaje zarzut w zakresie podniesionym przez odwołującego, biorąc pod uwagę ewentualne dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania. Mając na uwadze uzasadnienie przedmiotowego zarzutu, argumentację odwołującego w tym zakresie oraz brak jakichkolwiek dowodów przedstawionych na jego poparcie przez odwołującego, Izba uznała, że nie było podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp wobec oferty wybranego wykonawcy.
W konsekwencji oddalenia zarzutu naruszania art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, racji bytu nie miał także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 Pzp w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1) u.z.n.k. przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wybranego wykonawcę z uwagi na fakt, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę oraz jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Przedmiotowy zarzut został przez odwołującego w swej treści związany z zarzutem dotyczącym rażąco niskiej ceny. W związku z tym uznanie przez Izbę, że oferta wybranego wykonawcy nie zawierała ceny rażąco niskiej musiało skutkować oddaleniem także tego, wynikowego zarzutu.
Przechodząc do zarzutów skierowanych wobec oferty przystępującego Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 8 ust. 1, 2 i 3 Pzp, natomiast pozostałe zarzuty dotyczące oferty tego wykonawcy potwierdzania nie znalazły.
Jeśli chodzi o zarzut naruszenia art. 8 ust. 1, 2 i 3 Pzp należy wskazać, że przystępujący zastrzegł tajemnicą przedsiębiorstwa znaczną część oferty oraz praktycznie całość wyjaśnień i dokumentów w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Ponadto przyjął praktykę zastrzegania całości dokumentów oraz zastrzegł nawet uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dla oferty oraz wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Należy przy tym wskazać, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa były dość obszerne, przystępujący przytoczył liczne orzecznictwo, odniósł się do każdej z przesłanek skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz złożył na tą okoliczność dowody.
Zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 Pzp. Wyjątki od zasady jawności określa art. 8 ust. 3 Pzp zgodnie z którym 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.
W pierwszej kolejności należy wskazać, że zamawiający odtajnił uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa złożone wraz z ofertą i odtajniony dokument przekazał odwołującemu. W tym zakresie w ocenie składu orzekającego zamawiającemu zabrakło konsekwencji, ponieważ jeśli odtajnił powyższe uzasadnienie to powinien odtajnić także uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa, złożone wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi rażąco niskiej ceny. Skład orzekający ma świadomość, że na rynku istnieje praktyka zastrzegania jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa także dokumentów obejmujących samo uzasadnienie takiego zastrzeżenia. Taką praktykę co do zasady należy uznać za niewłaściwą oraz stanowiącą przejaw nadużywania przepisów

odnoszących się do możliwości stosowania takiej tajemnicy. Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa powinno stanowić przedstawienie argumentacji czyli powodów zastrzegania określonych informacji złożonych w dokumentach jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa i jako takie powinno być dostępne innym wykonawcom, aby mogli oni ocenić zasadność takiego zastrzeżenia i podjąć w tym zakresie stosowne działania.
Izba, oceniając poczynione przez przystępujacego zastrzeżenia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa załączników składanych wraz z ofertą uznała, że nieskutecznym było zastrzeżenie następujących dokumentów:
- „Wykazu oferowanych środków czystości przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, według wzoru Zamawiającego stanowiącego część formularza ofertowo";
- próbek środków czystości;
- kart charakterystyki dla środków czystości/opisu środków przeznaczonych przez wykonawcę do realizacji umowy.
Po przeanalizowaniu treści przedstawionych w tych dokumentach, Izba doszła do przekonania, że nie zawierają one żadnych informacji, które mogłyby podlegać ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa a ich ujawnienie w żaden sposób nie naruszy interesu wykonawcy czy jego przewagi konkurencyjnej. Wskazane wyżej dokumenty ujawniają przede wszystkim informacje dotyczące składników oferty, która co do zasady ma charakter jawny. Ponadto należy zwrócić uwagę, że zamawiający określił z góry wymogi technologiczne poszczególnych elementów składających się przedmiot zamówienia, zatem nie było konieczności zastrzegania ich jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ miały one potwierdzić spełnienie tych wymogów.
W przypadku dokumentów złożonych wraz z wyjaśnianiami dotyczącymi rażąco niskiej ceny, zastrzeżonymi przez przystępującego jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa Izba doszła do przekonania, że zamawiający nie naruszył przepisów wskazanych w przedmiotowym zarzucie, ponieważ odwołujący był w stanie i zdecydował się na podniesienie w odwołaniu zarzutu w zakresie rażąco niskiej ceny.
Pozostałe zarzuty skierowane wobec oferty przystępującego w ocenie Izby były niezasadne.
Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny odnośnie oferty przystępującego został oddalony z tych samych powodów co zarzut odnoszący się w tym zakresie do oferty wybranego wykonawcy. Podobnie jak w przypadku oferty wybranego wykonawcy Izba uznała, że argumentacja odwołującego w tym zakresie była gołosłowna, niepoparta żadnymi dowodami oraz wynikała z błędnych założeń. W związku z tym nie było potrzeby powielania argumentacji przedstawionej powyżej. Ponadto należy wskazać, że wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny przedstawione przez przystępującego były wyczerpujące, szczegółowe oraz zostały poparte stosownymi dokumentami, zatem tym bardziej Izba nie znalazła powodów do uwzględnienia zarzutu odwołującego.
W konsekwencji oddalenia zarzutu naruszania art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, racji bytu nie miał także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 Pzp w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1) u.z.n.k. przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego z uwagi na fakt, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę oraz jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Przedmiotowy zarzut został przez odwołującego w swej treści związany z zarzutem dotyczącym rażąco niskiej ceny. W związku z tym uznanie przez Izbę, że oferta wybranego wykonawcy nie zawierała ceny rażąco niskiej musiało skutkować oddaleniem także tego, wynikowego zarzutu.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1, 2 i 3 Pzp dotyczył wyłącznie oferty przystępującego, która nie została wybrana jako najkorzystniejsza w ramach części nr 2 zamówienia. W związku z tym stwierdzone przez Izbę naruszenie nie skutkowało uwzględnieniem odwołania, bowiem z uwagi na oddalenie wszystkich zarzutów skierowanych wobec oferty wybranego wykonawcy dla części nr 2 zamówienia, naruszenie to pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z §3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego.

Przewodniczący:……