

WYROK
z dnia 7 października 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmína Pawlik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę Zakład Sprzątnania Wnętrz J. J. „MOP 83” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gronowie Górnym w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Jednostkę Wojskową nr 2063 z siedzibą w Warszawie przy udziale wykonawcy STEKOP Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie w zakresie dotyczącym zaniechania odtajnienia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny zastrzeżonych przez wykonawcę STEKOP Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa i nakazuje zamawiającemu Jednostce Wojskowej nr 2063 z siedzibą w Warszawie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa treści wyjaśnień złożonych w dniu 15 lipca 2020 r. przez wykonawcę STEKOP Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie wraz z załącznikami;
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę wnoszącego sprzeciw - STEKOP Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w części 1/5 oraz odwołującego - Zakład Sprzątnania Wnętrz J.J. „MOP 83” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gronowie Górnym w części 4/5 i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **22 200 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia dwa tysiące złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty poniesione przez wykonawcę wnoszącego sprzeciw tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 2.1. zasądza od wykonawcy wnoszącego sprzeciw - STEKOP Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie rzecz odwołującego - Zakład Sprzątnania Wnętrz J.J. „MOP 83” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gronowie Górnym kwotę **840 zł 00 gr** (słownie: osiemset czterdzieści złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający Jednostka Wojskowa nr 2063 z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”) prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę sprzątnania powierzchni wewnętrznej i zewnętrznej na terenie K-3545, K-0188, K-3800, K-8689 administrowanych przez JW Nr 2063. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 czerwca 2020 r. pod numerem 2020/S 106-256957. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 17 sierpnia 2020 r. wykonawca Zakład Sprzątnania Wnętrz J. J. „MOP 83” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gronowie Górnym (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań z dnia 22.03.2010 r. w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień wykonawcy STEKOP Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „STEKOP”) zastrzeżonych w całości, mimo że mają one charakter wyłącznie jednorazowy, dostosowany do przedmiotowego postępowania oraz zawierają informacje ustawowe, powszechnie znane i pozbawione są wartości gospodarczej - co uniemożliwiło Odwołującemu pełne postawienie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty STEKOP z uwagi na rażąco niską cenę i czyn nieuczciwej konkurencji, względnie zarzutu niezgodności treści wybranej oferty Konsorcjum z wymaganiami SIWZ, które to zarzuty mogłyby zostać postawione w pełni, gdyby Zamawiający udostępnił treść wyjaśnień Konsorcjum;
2. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019 r. poz. 1010, dalej jako „u.z.n.k.”) poprzez zaniechanie ujawnienia informacji tj. treści wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę STEKOP oraz uznanie że zostały one skutecznie objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, podczas gdy uzasadnienie zastrzeżenia przedmiotowych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wskazuje, że przedmiotowe informacje nie spełniają przesłanek uznania ich za chronione tajemnicą przedsiębiorstwa, wskazanych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k.;
3. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień wykonawcy STEKOP dotyczących wyliczenia ceny istotnych części składowych ceny oferty oraz wyjaśnień w zakresie treści oferty dotyczących ceny usługi sprzątnania powierzchni wewnętrznej w ramach kompleksu Niepodległości 141a oraz całkowitej ceny usługi sprzątnania powierzchni w ramach kompleksu Niepodległości 141a, podczas gdy z treści oferty wykonawcy wynika, że nie uwzględnił on przy obliczaniu kosztu realizacji przedmiotowych prac wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz innych elementów

niezbędnych do wykonania prac zgodnie z wymogami Zamawiającego, a ponadto popełnił czyn nieuczciwej konkurencji polegający na przerzuceniu kosztów z powierzchni wewnętrznej (23% VAT) do powierzchni zewnętrznej (8% VAT);

- 4.art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty STEKOP w związku z czynem nieuczciwej konkurencji - przerzuceniem kosztów wykonania zamówienia w zakresie sprzątnięcia powierzchni wewnętrznej do powierzchni zewnętrznej w zakresie kompleksu Al. Niepodległości 141a,
- 5.art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy STEKOP mimo, że wykonawca nie sprostął ciężarowi wykazania, że istotna część składowa ceny, tj. koszt sprzątnięcia powierzchni zewnętrznej utwardzonej w ramach kompleksu Sękocińska 8, nie jest rażąco niska i uwzględnia realne koszty wykonania zamówienia w zakresie określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opisie przedmiotu zamówienia, minimalnych wymaganiach dotyczących struktury zatrudnienia i podstawowego sprzętu zmechanizowanego oraz wzorze umowy; względnie - wezwania do dodatkowych wyjaśnień (zarzut niepełny z uwagi na brak dostępu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny);
- 6.art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy STEKOP, względnie (w przypadku kompleksu Al. Niepodległości 141a) - wezwania do wyjaśnień mimo, że istotne części składowe ceny oferty: a) koszt sprzątnięcia powierzchni zewnętrznej utwardzonej w ramach kompleksu Sękocińska 8, b) koszt sprzątnięcia powierzchni wewnętrznej w ramach kompleksu Niepodległości 141a, są wycenione niezgodnie z minimalnym wynagrodzeniem za pracę oraz minimalną stawką godzinową;
- 7.art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień treści oferty i następnie - odrzucenia oferty wykonawcy STEKOP mimo, że wykonawca w istotnych częściach składowych ceny oferty: a) koszt sprzątnięcia powierzchni zewnętrznej utwardzonej w ramach kompleksu Sękocińska 8, b) koszt sprzątnięcia powierzchni wewnętrznej w ramach kompleksu Niepodległości 141a, c) całkowity koszt sprzątnięcia powierzchni w ramach kompleksu Niepodległości 141a, złożył ofertę nie spełniającą wymagań SIWZ dotyczących zatrudnienia odpowiedniej ilości osób, konieczności zapewnienia nadzoru, zapewnienia odpowiednich środków czystości, zapewnienia wykonywania obowiązków z pkt 2.3 OPZ i następnych, obowiązków w zakresie wywozu liści i utrzymania zimowego, zapewnienia dyżurów w trakcie utrzymania zimowego oraz zawierającą błędy w obliczeniu ceny związane z brakiem uwzględnienia ww. kosztów we właściwych pozycjach;
- 8.art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, pomimo, że po wezwaniu do wyjaśnień i odrzuceniu oferty STEKOP oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą;
- 9.ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio lub pośrednio z uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy STEKOP, umożliwienia wglądu do wyjaśnień złożonych przez STEKOP, powtórzenia procesu badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 wykonawcy STEKOP do złożenia wyjaśnień w zakresie istotnych części składowych ceny oferty, odrzucenia oferty wykonawcy STEKOP jako zawierającej rażąco niską cenę, odrzucenia oferty wykonawcy STEKOP jako niezgodnej z treścią SIWZ ustawą; dokonania wyboru oferty Odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

Uzasadniając zarzut nr 1 Odwołujący podniósł, że w jego ocenie zachodzi duże prawdopodobieństwo, że wykonawca STEKOP nie uwzględnił przy wyliczaniu ceny wszystkich wymaganych prac, jak i że złożone wyjaśnienia potwierdzają, że części składowe ceny oferty są rażąco niskiej, a koszty pracy niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę albo minimalna stawka godzinowa. Odwołujący wskazał także na możliwą manipulację kosztami przy użyciu argumentacji opartej o dopłaty do zatrudnienia osób niepełnosprawnych. Jego zdaniem utajnienie w całości wyjaśnień wykonawcy STEKOP utrudniło Odwołującemu możliwość kwestionowania jego oferty i podjętych przez Zamawiającego czynności. Wskazał, że zastrzeżono jako tajemnicę przedsiębiorstwa całe wyjaśnienia, co należy uznać za niedopuszczalne. Dopuszczalne byłoby ewentualnie utajnienie informacji o rabatach i cenach dostawców oraz personaliach osób wykonujących zamówienie. Zdaniem Odwołującego w pozostałym zakresie wyjaśnienia STEKOP muszą być oparte na powszechnie dostępnych informacjach, jak organizacja zatrudnienia przewidziana w minimalnych wymaganiach, wraz z minimalną liczbą osób, których zatrudnienia wymaga Zamawiający, wartość minimalnego wynagrodzenia za pracę czy wartość pozapłacowych kosztów zatrudnienia pracowników, które to wartości wynikają z powszechnie obowiązujących i dostępnych każdemu przepisów prawa, określone w dokumentacji przetargowej wysoce szczegółowe i pozostawiające bardzo niewielki margines swobody wykonawcom wymogi Zamawiającego w zakresie sprzętu (załącznik nr 6 do SIWZ - Wykaz sprzętu), środków czystości (załącznik nr 7 do SIWZ - Wykaz środki czystości), wszelkich prac wchodzących w zakres zamówienia wraz ich częstotliwością i sposobem wykonywania (załącznik nr 9 do SIWZ - OPZ), a także zasady i możliwości zatrudniania osób o określonym statusie, którym przysługuje dofinansowanie z PFRON. Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia STEKOP muszą stanowić wyłącznie kompilację danych dostępnych każdemu wykonawcy i nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał także, że elementy składowe kalkulacji zostały określone w wezwaniu do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. To Zamawiający wskazał, jakie elementy wyceny mają być podane w kalkulacji. Kalkulacja ceny jest ponadto nierozdzielnie związana z wymogami ustanowionymi w tym konkretnym zamówieniu. Powyższe oznacza, że kalkulacja sama w sobie została wytworzona na potrzeby tylko tego jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie określono takie a nie inne wymogi co do zatrudnienia, sprzętu, częstotliwości prac itd. Oznacza to, że zawarte są w niej informacje o charakterze całkowicie jednorazowym. Odwołujący zauważył, że elementem składowym kalkulacji są koszty osobowe, które są oparte na danych powszechnie dostępnych, tj. przepisach rozporządzenia w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. oraz Kodeksu pracy. Kalkulacje szczegółowe każdego wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu mają charakter jednorazowy i są związane z tym tylko postępowaniem. Odwołujący powołał się na orzecznictwo Izby w sprawach o sygn. akt KIO 2745/17, KIO 242/17, KIO 2633/17. Zdaniem Odwołującego działanie wykonawcy STEKOP ma na cel ukrycie przyjętego sposobu kalkulacji przed konkurencją. W ocenie Odwołującego ujawnienie informacji zawartych w wyjaśnieniach STEKOP nie może narazić tego podmiotu na szkodę, ponieważ informacje te są pozbawione wartości gospodarczej, są właściwe tylko dla tego postępowania i nie mogą być już wykorzystane. Odwołujący przedstawił także argumentację wskazującą, że aby udostępnić treść wyjaśnień konieczne jest obecnie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzut nr 2 Odwołujący podkreślił, że obowiązkiem STEKOP było wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Wskazał na wyroki Izby w sprawach o sygn. akt KIO 2440/19, KIO 298/19. W jego ocenie zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez

STEKOP ma charakter ogólnikowy i nie zostało poparte dowodami. Wykonawca nie wykazał, że utajnione wyjaśnienia obejmują informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne lub inne posiadające wartość gospodarczą. Wskazał, iż kalkulacja ceny nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, a jedynie zestawienie kosztów oferty (nie pokazuje strategii budowania ceny). Ponadto przedstawiona w wyjaśnieniach kalkulacja kosztów realizacji zamówienia ma charakter jednorazowy (w tym zakresie odwołano się do argumentacji przedstawionej przy zarzucie nr 1). Zdaniem Odwołującego STEKOP nie wykazał również, że zastrzeżone informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są dla nich łatwo dostępne. Ponadto ww. wykonawca nie wykazał, w jaki sposób podjął niezbędne kroki w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. Przedstawione twierdzenia, że dostęp do tych informacji ma niewielkie grono kadry zarządzającej są gołosłowne, a wykonawca STEKOP nie przedstawił w tym zakresie jakichkolwiek dowodów. Odwołujący w tym kontekście wskazał na orzecznictwo Izby w sprawach o sygn. akt KIO 2440/19, KIO 298/19, KIO 512/17, KIO 2667/19, KIO 1268/16 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 29 lipca 2016 r., sygn. akt III Ca 548/16. Odwołujący podkreślił, że uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter ogólny, oparte jest o cytowane orzeczenia i nie zawiera dowodów, wobec czego wykonawca STEKOP nie wykazał i nie udowodnił, że informacje zastrzeżone stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W odniesieniu do zarzutu nr 3 Odwołujący podniósł, iż pozycja powierzchnia wewnętrzna w kompleksie K-800 Al. Niepodległości ma charakter istotnego elementu ceny, podobnie jak wartość całkowita w ramach danej lokalizacji. Potwierdził to sam Zamawiający wzywając wykonawcę STEKOP do wyjaśnień w zakresie sprzątnięcia powierzchni zewnętrznej kompleksu Sękocińska. Zdaniem Odwołującego istniały przesłanki, aby takie wezwanie wystosować także w odniesieniu do kompleksu przy Al. Niepodległości (w zakresie ceny sprzątnięcia powierzchni wewnętrznej i ceny całkowitej). Wskazał, iż wykonawca STEKOP nie uwzględnił kosztów minimalnego wynagrodzenia pracowników, nie wspominając o pozostałych kosztach, jak koszty środków higienicznych, paliwa, maszyn, nadzoru, wywozu liści, zimowego utrzymania, usług zewnętrznych. Odwołujący podniósł m.in., iż cena 365 238,70 zł musi być podzielona na 24 miesiące świadczenia usługi co daje 15 218,27 zł miesięcznie. Jak wynika zaś z minimalnych wymagań, wymogiem jest świadczenie usługi przez 6 osób, zatrudnionych na co najmniej łącznie 5,5 etatu, co oznacza, że łączna wartość oferty nie wystarczy nawet na koszty wynagrodzeń 5,5 etatu ($15\,218,27\text{ zł}/5,5 = 2\,766,95\text{ zł}$). Odwołujący wskazał, iż same koszty wynagrodzenia za jeden etat wynoszą co najmniej 3 132,48 zł i przedstawił tabelę obrazującą części składowe ww. kwoty. Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, że wykonawca będzie musiał „dokładać” do samych kosztów wynagrodzeń 365,53 zł. Ponadto STEKOP w tej cenie nie uwzględnił żadnych innych kosztów, np. kosztów urlopów. Odwołujący wywiódł ponadto wniosek, że wykonawca STEKOP mógł przerzucić część kosztów wynagrodzeń do powierzchni zewnętrznej, co oznacza popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Odwołującego Zamawiający zaniechał również wyjaśnienia jak ww. wykonawca sfinansuje całość lokalizacji Al. Niepodległości pomimo, że łączna kwota za powierzchnię wewnętrzną, tereny zielone i zewnętrzną nie uwzględnia nawet kosztów obowiązkowych składek wynagrodzenia wraz z urlopami, nie mówiąc o innych kosztach wynagrodzeń oraz pozostałych kosztach świadczenia usługi. Odwołujący podkreślił, że przy kalkulacji ceny oferty wykonawcy powinni uwzględnić także zapłaczone koszty pracy, jak składki na ubezpieczenie społeczne czy Fundusz Pracy (w tym zakresie powołał się na wyrok Izby w sprawie o sygn. akt KIO 2507/17). Przedstawił tabelę obrazującą koszty placowe i pozapłacowe zatrudnienia pracownika oraz koszty urlopu pracownika w skali miesiąca. Jego zdaniem koszty pracy z urlopami wynoszą 3 455,67 zł/etat. Do tego dochodzą koszty ubrań roboczych, ich prania, koszty badań i szkoleń BHP, koszty zastępstw związanych z zachorowaniami, PPK. Odwołujący założył także próbę manipulacji opartą o osoby, które uzyskują dofinansowanie z PFRON, wskazując, że nie wystarczą one do uzupełnienia braków kosztowych w pozycji Sękocińska – powierzchnia zewnętrzna utwardzona oraz Al. Niepodległości – powierzchnia wewnętrzna. Dodał, że Zamawiający nie uwzględnił, że w przypadku kompleksu Al. Niepodległości dochodzi koszt nadzoru związany z nietypowymi godzinami pracy, co dodatkowo powoduje wzrost kosztu w tej pozycji. Ponadto wskazał, iż w ramach kosztu sprzątnięcia, poza kosztami pracowniczymi, występują także inne koszty jak koszty środków czystości, użycia specjalistycznego sprzętu czy usług zewnętrznych (Odwołujący przytoczył postanowienia OPZ).

Uzasadniając zarzut nr 4 Odwołujący wskazał, że w zakresie pozycji Al. Niepodległości – sprzątnięcie powierzchni wewnętrznej, występuje niedobór – strata miesięczna w wysokości co najmniej 3 787,91 zł (koszt 5,5 etatu z urlopem wynosi co najmniej 19 006,18 zł miesięcznie). Z kolei w zakresie powierzchni zewnętrznej pozostaje do dyspozycji kwota 2055,58 zł, która zdaniem Odwołującego miała być przeznaczona na powierzchnię wewnętrzną. W ocenie Odwołującego STEKOP dokonał manipulacji kosztami przenosząc koszty z powierzchni wewnętrznej do zewnętrznej. Podkreślił, że stawka podatkowa dla powierzchni wewnętrznej wynosi 23%, a dla zewnętrznej 8%. Jego zdaniem takie działanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (powołał się na wyrok KIO w sprawie o sygn. akt KIO 766/19).

W odniesieniu do zarzutu 5, Odwołujący podkreślił, że jest to zarzut niepełny z uwagi na brak dostępu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wskazał, że stawka za sprzątnięcie powierzchni zewnętrznej utwardzonej w kompleksie Sękocińska jest tak niska, że wykonawca musi „dokładać” co najmniej 1 353,83 zł miesięcznie, nie licząc kosztów poza wynagrodzeniem z urlopami oraz osoby dyżurującej w godzinach 14-15:30, która w wymiarze 0,19 etatu jest kosztem dodatkowym tej pozycji. Zdaniem Odwołującego wykonawca STEKOP mógł próbować dokonać manipulacji – przenosić koszty między lokalizacjami lub między powierzchnią wewnętrzną a zewnętrzną. Oba te działania są niezgodne z SIWZ, gdyż Zamawiający określił samodzielność każdej nawierzchni (Odwołujący przywołał stosowne postanowienia SIWZ). Wskazał, iż nawet łączne koszty powierzchni wewnętrznej i zewnętrznej w kompleksie Sękocińska nie wystarczają na zapewnienie zatrudnienia dla dwóch etatów oraz jednej osoby dyżurującej, pokrycie kosztów urlopów obowiązkowych, czy pozostałych kosztów związanych z realizacją usługi. Odwołujący podniósł ponadto, iż jeśli wykonawca STEKOP powołał się na dofinansowanie z PFRON, to nie uwzględnił w wyjaśnieniach informacji o ilości osób zaliczanych do poszczególnych stopni niepełnosprawności, informacji o uwzględnieniu kosztów ponoszonych w związku z zatrudnieniem osób niepełnosprawnych w stopniu umiarkowanym (m.in. kosztów dodatkowego urlopu wypoczynkowego, płatnego zwolnienia z pracy, krótszego czasu pracy). Odwołujący powołał się na art. 26a ust. 1, art. 15 ust. 2, art. 18 ust. 1, art. 19 ust. 1, art. 20 ust. 1-3 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych. Odwołujący założył, że wykonawca STEKOP w ogóle nie informował o ww. kwotach w wyjaśnieniach i nie brał pod uwagę np. dodatkowego kosztu związanego z 7 godzinnym dniem pracy. Podniósł ponadto, że Zamawiający nie wzywał STEKOP do uzupełnienia/doszczegółowienia wyjaśnień w celu uzupełnienia wiedzy o to jak STEKOP uzupełnił 7 godzinny dzień pracy osoby niepełnosprawnej, jak zapewni zastosowanie dodatkowej 15 minutowej przerwy w pracy osoby niepełnosprawnej, jak uwzględnił dodatkowy 10-dniowy urlop wypoczynkowy dla osoby niepełnosprawnej.

Uzasadniając zarzut nr 6 Odwołujący wskazał, iż koszt sprzątnięcia powierzchni wewnętrznej utwardzonej w kompleksie Sękocińska oraz koszt sprzątnięcia powierzchni zewnętrznej w kompleksie Al. Niepodległości są wycenione

niezgodne z minimalnym wynagrodzeniem za pracę oraz minimalną stawką godzinową. Zdaniem Odwołującego w pojęciu „kosztów pracy”, o którym mowa w art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, należy brać pod uwagę nie tylko wartość 2600 zł wynikającą z aktualnego aktu prawnego określającego minimalne wynagrodzenie, ale pełną wartość kosztów pracy ponoszoną bezwzględnie przez wykonawcę. Odwołujący przedstawił tabelę wskazującą, że koszt płacy pracownika ponoszony przez wykonawcę + pozapłacowe koszty zatrudnienia pracownika ponoszone przez wykonawcę wynoszą 3 132,48 zł. Podniósł, że stawka miesięczna przypadająca na pracownika dla kompleksu Sękocińska i Al. Niepodległości są niższe odpowiednio o 1030,64 zł i 365,53 zł od minimalnego kosztu zatrudnienia jednego pracownika. Zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien odrzucić ofertę STEKOP, a zaniechał nawet wyjaśnienia kwestii pokrycia wskazywanej różnicy, co może prowadzić do zaakceptowania praktyki polegającej na naruszeniu przepisów o minimalnym wynagrodzeniu przez wykonawcę.

W odniesieniu do zarzutu 7 Odwołujący podniósł, iż wykonywanie przedmiotowej usługi jest związane z ponoszeniem nie tylko kosztów wynagrodzeń związanych z zatrudnieniem odpowiedniej ilości osób wymaganych w OPZ, ale również wielu różnych innych kosztów, w tym kosztów nadzoru. Ponadto wymagane jest użycie znacznej ilości środków czystości związanych z wykonywaniem usług sprzątnia, użycia specjalistycznego sprzętu oraz konieczności wykonywania usług zewnętrznych, związanych z wykonaniem obowiązków (Odwołujący przywołał postanowienia OPZ). Zdaniem Odwołującego kwoty dotyczące sprzątnia powierzchni zewnętrznej utwardzonej w ramach kompleksu Sękocińska 8, sprzątnia powierzchni wewnętrznej w ramach kompleksu Niepodległości 141A, całej powierzchni w ramach kompleksu Niepodległości 141 A, (również z powierzchnią zieloną) nie wystarczą nawet na koszty wynagrodzeń wymaganej ilości etatów, co rodzi pytanie, jak wykonawca STEKOP zapewni pokrycie kosztów wykonania obowiązków wskazanych w OPZ. Odwołujący podniósł, że Zamawiający zaniechał wyjaśnienia powyższej kwestii, podczas gdy oferta STEKOP nie zapewnia wykonania obowiązków wskazanych w SIWZ, nie uwzględnia środków czystości, nadzoru, wykonywania usług szczegółowych. Odwołujący powołał się także na wyrok Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1249/19 oraz uchwałę Izby w sprawie o sygn. akt KIO/KU 16/19.

Zamawiający w piśmie z dnia 20 sierpnia 2020 r. oświadczył, iż uwzględni odwołanie w całości.

Izba ustaliła, iż w terminie wynikającym z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca STEKOP Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika (dalej jako „Przystępujący”). W związku z uwzględnieniem odwołania przez Zamawiającego, Izba postanowieniem z dnia 21 sierpnia 2020 r. wezwała Przystępującego do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu w terminie 3 dni od dnia otrzymania wezwania pod rygorem umorzenia postępowania odwoławczego. W dniu 24 sierpnia 2020 r. Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

Ponadto w dniu 2 października 2020 r. Przystępujący złożył pismo procesowe wnosząc o oddalenie odwołania. W odniesieniu do zarzutów dotyczących zaniechania ujawnienia treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny, Przystępujący podniósł w szczególności, iż informacje zawarte w wyjaśnieniach stanowią inne informacje posiadające wartość gospodarczą. Wyjaśnienia wskazują sposób wyliczenia ceny ofertowej, a w szczególności zawierają dokładne kalkulacje kosztów realizacji zamówienia na poszczególnych kompleksach, z objaśnieniem czynników wpływających na zaoferowaną cenę. W treści kalkulacji kosztów wykonania zamówienia wskazano prognozowaną wysokość przychodów, kosztów oraz zysków z umowy o zamówienie publiczne. Dane te niewątpliwie posiadają wysoką wartość gospodarczą na rynku świadczenia usług sprzątnia i utrzymania czystości. Z przedstawionej kalkulacji wynika bowiem sposób ustalania przez wykonawcę cen na rzecz zamawiających w ramach zamówień publicznych. Udostępnienie przedmiotowych informacji może zagrażać konkurencyjnej pozycji wykonawcy na rynku świadczonych usług. Informacje zawarte w wyjaśnieniach Przystępującego zawierają szczegółowe informacje dotyczące sposobu skalkulowania ceny, w tym zysku oraz kosztów jakie planuje ponieść wykonawca w związku z realizacją przedmiotowego zamówienia. Informacje te posiadają wartość gospodarczą bowiem na ich podstawie konkurencyjni wykonawcy będą mogli łatwiej, a jednocześnie precyzyjniej, szacować w jaki sposób oraz na ile Przystępujący wycenił swoje usługi w przedmiotowym postępowaniu, ale również w innych postępowaniach dotyczących zamówień o zbliżonym charakterze. Ponadto w treści wyjaśnień Przystępujący podał informacje dotyczące podejmowanych działań, które mają na celu obniżenie stosowanych cen, co uzasadnia uznanie tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, która nie podlega ujawnieniu. Informacje tego rodzaju, stanowiące element konkurencji na rynku i sposobu uzyskiwania przewagi nad innymi wykonawcami, wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa (Przystępujący wskazał na wyroki Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1432/12 oraz KIO 960/13). W jego ocenie Odwołujący błędnie przyjmuje, że wyjaśnienia mają charakter jednorazowy i są pozbawione wartości gospodarczej. Zaprzeczył, aby wyjaśnienia miały jednorazowy charakter, bowiem wskazują one na sposób kalkulowania ceny ogólnie w odniesieniu do zamówień publicznych na usługę sprzątnia oraz zamówień o podobnym charakterze.

Przystępujący wskazał ponadto, że informacje zawarte w wyjaśnieniach 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. Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami stanowią szczególne zestawienie, z którego wynika zaoferowana przez Wykonawcę cena ofertowa. Dlatego też uzasadnione jest zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji dotyczących „szczegółowej kalkulacji ceny, metod obniżenia ceny oraz informacji dotyczących wysokości dofinansowania, która ma wpływ na korzystniejszą cenę ofertową. Przystępujący wskazał, iż informacje te nie są też znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, co wynika np. z odwołania - Odwołujący nie zna szczegółowego sposobu kalkulacji ceny ofertowej Przystępującego. Dostęp do przedmiotowych informacji, w szczególności „prognozowanych wysokości „przychodów” i zysków oraz udziału poszczególnych kosztów w ogólnej cenie realizacji zamówienia, ma niewielkie grono osób zarządzających przedsiębiorstwem Przystępującego oraz niewielkie grono jego pracowników. Przystępujący podniósł także, że jako uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi, zachowując należyta staranność, podjął działania w celu utrzymania informacji w poufności. Wskazał, że w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnił, iż posiada wewnętrzne procedury zabezpieczające przedmiotowe informacje przed ich ujawnieniem oraz odpowiednie do tego środki techniczne. Ponadto osoby, które mają dostęp do informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, zobowiązane są do zachowania ich poufności. W szczególności, każda z osób zobowiązała się do nieujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Przystępujący wskazał, iż na potwierdzenie powyższego dołączył do pisma odmawiającego odtajnienia wyjaśnień z dnia 28 lipca 2020 r. wzór zobowiązania do nieujawniania informacji, stanowiących tajemnicę

przedsiębiorstwa. Błędne jest więc twierdzenie Odwołującego, że Przystępujący nie złożył dowodów uzasadniających zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący dodał, że oczywistym jest, że w uzasadnieniu, które jest dostępne wszystkim, a nie tylko Zamawiającemu, nie mógł podać szczegółów dotyczących zawartości wyjaśnień. W jego ocenie Zamawiający miał możliwość oceny zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż dysponował nie tylko uzasadnieniem, ale również samymi informacjami objętymi tajemnicą. Wskazał także na wyroki Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1015/17 oraz KIO 496/18, podnosząc, że ustawa Pzp nie nakładała na Przystępującego obowiązku przedłożenia dowodów innych niż samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy. Zdaniem Przystępującego Zamawiający dokonał prawidłowej oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zachowując przy tym należyłą staranność i wnosząc do Przystępującego o odtajnienie wyjaśnień ze względu na powzięte wątpliwości. Przystępujący wskazał także, że zastrzeżenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w tym kalkulacji ceny, jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest dopuszczalne i przywołał orzecznictwo Izby (wyroki w sprawach o sygn. akt KIO 1021/18 oraz KIO 1618/18).

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania Przystępującego do wyjaśnień dotyczących wyliczenia istotnych części składowych ceny, Przystępujący wskazał, iż pomimo braku wezwania wyjaśnił on z własnej inicjatyw w piśmie z dnia 15 lipca 2020 r. sposób kalkulacji swojej ceny ofertowej również w zakresie kompleksu Al. Niepodległości. Wskazał także na niezasadność twierdzeń Odwołującego w zakresie przerzucania kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami, podnosząc, iż wynikają one z błędnego założenia, że ceny zaoferowane przez Przystępującego są rażąco niskie.

Przystępujący nie zgodził się także z zarzutem zaniechania odrzucenia jego oferty z uwagi na rażąco niską cenę. Wskazał m.in., iż oferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską w rozumieniu prezentowanym w orzecznictwie, nie jest ceną, co do której oczywistym jest, że nie da się za nią zrealizować zamówienia, oderwaną od realiów rynkowych, nie jest ceną wskazującą, że zamówienie byłoby realizowane poniżej kosztów jego wykonania, nie jest ceną, która generalnie nie występuje na rynku czy która wykazuje rażąco dysproporcję do przedmiotu zamówienia. Podniósł, iż cena zaoferowana przez Przystępującego jest niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert o ok. 12%, jest niższa od oferty Odwołującego tylko o 2,89%, a od kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na realizację zamówienia o 2,70%. Zapewnił, że cena zaoferowana przez niego zawiera wszelkie koszty (bezpośrednie i pośrednie) wykonania zamówienia oraz zysk. To, że ta cena jest nieznacznie niższą od ceny zaoferowanej przez Odwołującego nie świadczy o tym, że jest to cena rażąco niska. Przystępujący szacując wysokość cen jednostkowych w ofercie brał pod uwagę własne doświadczenie (świadczenie na rzecz Zamawiającego usług obecnie od dnia 1 października 2018 r.) oraz fakt, że znajduje się w posiadaniu wszystkich maszyn i narzędzi niezbędnych do realizacji zamówienia. Przystępujący wyjaśnił, iż nie ponosi kosztów związanych z zakupem bądź wynajmem tych sprzętów, a posiadane przez niego sprzęty zostały również już zamortyzowane. Podkreślił, że obecnie świadczy usługi na rzecz Zamawiającego, w związku z tym nie musi ponosić szeregu kosztów początkowych realizacji usług. Podniósł, iż uwzględnił w cenie ofertowej, w tym w cenie za świadczenie usług na kompleksie przy Al. Niepodległości oraz cenie za sprzątanie terenów zewnętrznych utwardzanych na kompleksie Sękocińska wynagrodzenie pracowników równe co najmniej minimalnemu wynagrodzeniu za pracę. Sposób obliczenia wysokości wynagrodzenia pracowników skierowanych do świadczenia usług przedstawiono szczegółowo w wyjaśnieniach Przystępującego z dnia 15 lipca 2020 r.. Przystępujący uwzględnił w cenie. ofertowej koszty wynagrodzeń pracowników, a także świadczenia obciążające go jako pracodawcę.

Przystępujący wskazał, iż jednym z czynników obniżających koszty wykonania zamówienia jest zatrudnienie do jego realizacji osób niepełnosprawnych. Zaprzeczył, aby usiłował manipulować kosztami w tym zakresie. Podniósł, iż zamierza do realizacji przedmiotu zamówienia zatrudnić osoby niepełnosprawne, których zatrudnienie generuje niższe koszty niż zatrudnienie osób pełnosprawnych. Zjawiskiem naturalnym jest dążenie do obniżenia kosztów wykonania zamówienia. Skoro więc Przystępujący, bez uszczerbku dla należytej realizacji zamówienia, może zatrudnić osoby niepełnosprawne, to nielogicznym byłaby rezygnacja z takiej możliwości. Podkreślił, że w dokumentach zamówienia nie znalazło się wyłączenie możliwości zatrudnienia do realizacji zamówienia osób niepełnosprawnych, Przystępujący może więc bez wątpienia skierować takie osoby do realizacji zamówienia. Dodał, że obecnie usługi również świadczone są przez Przystępującego przy pomocy osób niepełnosprawnych. Zamawiający nie ma przy tym żadnych zastrzeżeń co do sposobu i należytej realizacji zamówienia. Przystępujący dysponuje więc osobami niepełnosprawnymi, zatrudnia je i zamierza zatrudniać takie osoby również na potrzeby realizacji umowy z Zamawiającym. Wskazał ponadto, iż w złożonych wyjaśnieniach przedstawił zamiar zatrudnienia osób niepełnosprawnych i związane z tym koszty. Podał w odniesieniu do każdego kompleksu, odrębnie dla każdej powierzchni ile zatrudni osób niepełnosprawnych i jaki stopień niepełnosprawności posiadają, wskazał wysokość przyjętych kosztów urlopów pracowników, zastępstw urlopowych, z uwzględnieniem wyższych kosztów w stosunku do osób niepełnosprawnych, wziął także pod uwagę, że niektóre osoby z umiarkowanym i znacznym stopniem niepełnosprawności pracują w obniżonym wymiarze czasu pracy (7 godzin). Podniósł ponadto, że nie jest prawdą, że nie mógł zatrudniać osób niepełnosprawnych w wymiarze wyższym niż 7 godzin na dobę – wskazał na art. 15 oraz art. 16 ust. 1 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, z których wynika, że nie dotyczy to osób z orzeczeniem o lekkim stopniu niepełnosprawności, a ponadto, że nawet osoby ze znacznym czy umiarkowanym stopniem niepełnosprawności mogą wyrazić zgodę na świadczenie pracy w wymiarze wyższym niż 7 godzin na dobę.

W odniesieniu do ceny za realizację usługi na powierzchniach wewnętrznych kompleksu Al. Niepodległości Przystępujący wskazał, iż pokrywa ona wszelkie koszty wykonania zamówienia. Wyjaśnił, iż podstawowym czynnikiem wpływającym na obniżenie kosztów jest zamiast zatrudnienia osób niepełnosprawnych (którymi Przystępujący dysponuje i które obecnie świadczą te same usługi dla Zamawiającego). Podniósł, iż w wyjaśnieniach wskazał liczbę osób niepełnosprawnych oraz stopień ich niepełnosprawności, wskazał także wysokość miesięcznego dofinansowania do wynagrodzeń. Wskazał, że zaoferowana cena jest o ok. 4 tys. zł niższa od miesięcznych kosztów zatrudnienia pracowników do realizacji zamówienia. Nawet uznając wyliczenia Odwołującego za prawidłowe, to kwota miesięcznego dofinansowania z tytułu zatrudnienia osób niepełnosprawnych wyniesie 8 400 zł, gdyż Przystępujący zamierza zatrudnić łącznie 5 osób niepełnosprawnych (jedną osobę z orzeczeniem o niepełnosprawności w stopniu lekkim ze schorzeniem specjalnym, jedną w stopniu umiarkowanym, dwie osoby w stopniu umiarkowanym ze schorzeniem specjalnym, jedną w stopniu znacznym). Kwota dofinansowania jest więc dwukrotnie wyższa od zarzucanego przez Odwołującego „niedoboru”. W odniesieniu do ceny całkowitej za realizację usługi w ramach kompleksu Al. Niepodległości, Przystępujący wskazał, iż skoro cena za usługę sprzątania powierzchni wewnętrznej nie jest rażąco niska, to i nie może taka być cena całkowita. Średniomiesięczne wynagrodzenie, jakie uzyska Przystępujący w odniesieniu do tego kompleksu w kwocie 19 001,70 zł jest w pełni wystarczające na pokrycie kosztów wykonania zamówienia, Przystępujący zamierza skierować

do realizacji zamówienia osoby niepełnosprawne, jak również jako podmiot obecnie świadczący usługi na rzecz Zamawiającego, ponosi niższe koszty wykonania zamówienia. W odniesieniu do ceny za realizację usługi na powierzchniach zewnętrznych kompleksu Sękocińska Przystępujący przedstawił analogiczną argumentację. Podniósł, iż w wyjaśnieniach wskazał liczbę osób niepełnosprawnych oraz stopień ich niepełnosprawności, wskazał także wysokość miesięcznego dofinansowania do wynagrodzeń. Wskazał, że zaoferowana cena jest o ok. 1 353,83 zł niższa od kosztów zatrudnienia pracowników do realizacji zamówienia. Nawet uznając wyliczenia Odwołującego za prawidłowe, to kwota miesięcznego dofinansowania z tytułu zatrudnienia osoby niepełnosprawnej wyniesie 2 100 zł, gdyż Przystępujący zamierza zatrudnić jedną osobę niepełnosprawną w stopniu umiarkowanym ze schorzeniem specjalnym.

Następnie Przystępujący wskazał także na inne czynniki obniżające koszt wykonania zamówienia. Podkreślił, że z uwagi na fakt, że obecnie świadczy usługi na rzecz Zamawiającego, to nie musi ponosić kosztów takich jak koszty wstępnych badań lekarskich pracowników, koszty wstępnych szkoleń z zakresu BHP, koszty zakupu nowej odzieży roboczej dla pracowników, koszty zakupu wyposażenia i maszyn niezbędnych do realizacji zamówienia, którymi Przystępujący już dysponuje, koszty amortyzacji wyposażenia i maszyn, gdyż te zostały już zamortyzowane, koszty zapoznania pracowników z miejscem świadczenia usługi, czy koszty wzmoczonej kontroli sposobu świadczenia usługi w początkowym okresie realizacji usługi. Dodał, że realizacja zamówienia na rzecz Zamawiającego pozwoliła mu na opracowanie oszczędnych metod wykonania zamówienia. Przystępujący opracował system właściwego doboru pracowników, aby zapewnić należytą realizację zamówienia, przy jednoczesnym obniżeniu kosztów. Z tych też względów Przystępujący wie, na których kompleksach, możliwe jest zatrudnienie osób niepełnosprawnych bez uszczerbku dla należytej realizacji zamówienia. Z wyjaśnień Przystępującego z dnia 15 lipca 2020 r. jednoznacznie wynika, że nie do świadczenia wszystkich usług (nie na wszystkich powierzchniach) Przystępujący zamierza zatrudniać osoby niepełnosprawne. Przystępujący wskazał także, że z uwagi na świadczenie obecnie usług na rzecz Zamawiającego, ma również dokładną wiedzę na temat rzeczywistego zużycia materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia oraz kosztów usług dodatkowych. Dodał, że zamierza zrealizować w całości zamówienie siłami własnymi i w przeciwieństwie do Odwołującego nie musi ponosić kosztów zwiększonych wynagrodzeń podwykonawców. Przystępujący wskazał ponadto, że w pełni uwzględnił koszty nadzoru, w tym w godzinach popołudniowych i wieczornych. Jest również w pełni świadomy konieczności poniesienia pozostałych kosztów realizacji zamówienia, na których konieczność, wskazuje Odwołujący. Zapewnił, że zaoferowana przez niego cena obejmuje w szczególności następujące koszty: zatrudnienia pracowników, w tym koszt urlopów pracowników, zwolnień lekarskich pracowników, jak również składki na ubezpieczenia społeczne ponoszone przez pracodawcę, wszelkich środków czystości niezbędnych do wykonania zamówienia, w tym koszty środków czyszczących; pastujących, piorących, nabłyszczających, konserwujących, środków dezynfekujących oraz środków higienicznych, utrzymania maszyn niezbędnych do wykonania zamówienia, paliwa, wymiany innych narzędzi, jak np. ścierki, mopy, szczotki, wywozu i zagospodarowania liści, skoszonej trawy i innych odpadów zielonych z powierzchni zewnętrznych, odśnieżania i usuwania lodu oraz śniegu, w tym koszty wymiany narzędzi i koszty zakupu piasku. Przystępujący powołał się także na orzecznictwo wskazujące na konieczność odróżnienia ceny niskiej od ceny rażąco niskiej.

Odnosząc się do kwestii zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na czyn nieuczciwej konkurencji, Przystępujący wskazał, iż twierdzenia Odwołującego o rzekomym przerzuceniu kosztów wykonania usługi wynikają wyłącznie z błędnego założenia, że cena za świadczenie usług sprzątania powierzchni wewnętrznych na kompleksie przy Al. Niepodległości jest rażąco niska. Z tego Odwołujący wywodził, że z pewnością Przystępujący przeniósł część kosztów wykonania usługi na powierzchniach wewnętrznych (opodatkowanych podatkiem VAT w wysokości 23%), do kosztów świadczenia usług zewnętrznych (opodatkowanych podatkiem VAT w wysokości 8%). Twierdzenia te są więc bezpodstawne. Przystępujący wskazał, iż nie musi „przerzucać” kosztów sprzątania usług wewnętrznych i uzupełniać niedoborów w cenie, gdyż takich niedoborów nie ma. Poza swoimi przypuszczeniami Odwołujący nie ma innych podstaw do twierdzenia o rzekomym dopuszczeniu się przez Przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na niezgodność z treścią SIWZ i błąd w obliczeniu ceny Przystępujący podniósł, iż skalkulował cenę mając świadomość co do pełnego zakresu przedmiotu zamówienia. O błędzie w obliczeniu można mówić, gdy pewne elementy przedmiotu zamówienia nie zostały uwzględnione w tej cenie bądź wykonawca błędnie dokonał kalkulacji ceny. Odwołujący nie ma zaś podstaw do twierdzenia, że rzekomo Przystępujący pozostawał w jakimkolwiek błędzie co do zakresu przedmiotu zamówienia i nie uwzględnił w cenie kosztów wykonania pełnego przedmiotu zamówienia. Przystępujący podkreślił, że świadczy obecnie usługi na rzecz Zamawiającego i ma pełną wiedzę (w tym szerszą niż tylko wynikającą z zapisów SIWZ) na temat zakresu przedmiotu zamówienia i warunków realizacji zamówienia. Z tych samych względów niezasadny jest zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na rzekomą niezgodność tej oferty z SIWZ.

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

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, wykazał interes w uzyskaniu tego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Przystępującego, wezwania z dnia 10 lipca 2020 r. skierowanego do Przystępującego w przedmiocie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w dniu 15 lipca 2020 r. wraz z pismem uzasadniającym zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, pisma Zamawiającego z dnia 24 lipca 2020 r. dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa oraz odpowiedzi Przystępującego na to pismo, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania złożone w pismach (w szczególności w odwołaniu, piśmie procesowym Przystępującego i piśmie procesowym Odwołującego) oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 5 października 2020 roku.

Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego ponadto dowody z następujących dokumentów: złożonego przez Odwołującego na rozprawie wzoru umowy w postępowaniu o znak 44/2019/PN/INFR oraz dokumentów załączonych do pisma Przystępującego, tj. umowy nr 230/2018/JW2063 z dnia 1 października 2018 r., zanonimizowanych umów o pracę, zanonimizowanych orzeczeń o stopniu niepełnosprawności, kompletów zanonimizowanych dokumentów – umów o pracę, orzeczeń o niepełnosprawności, orzeczeń lekarskich i oświadczeń pracowników. Natomiast załączone do odwołania tabele oraz dokument „Opis w zakresie braku możliwości uzupełnienia kosztów przez dofinansowanie”, a także złożone przez Odwołującego na rozprawie zestawienia obrazujące koszty zatrudnienia pracownika, jako stanowiące oświadczenie własne Odwołującego, Izba uznała za uzupełnienie jego stanowiska procesowego. Podobnie za uzupełnienie stanowiska Odwołującego Izba uznała przedstawiony na rozprawie wyciąg z ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych oraz wyciągi z uzasadnienia wyroków Izby w sprawach o sygn. akt KIO 810/18 oraz KIO 2533/19.

Podczas rozstrzygnięcia Izba uwzględniła również modyfikację stanowiska procesowego Odwołującego, który zarzut oznaczony nr 5 w odwołaniu (zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy STEKOP mimo, że wykonawca nie sprostął ciężarowi wykazania, że istotna część składowa ceny, tj. koszt sprzątnięcia powierzchni zewnętrznej utwardzonej w ramach kompleksu Sękocińska 8, nie jest rażąco niska i uwzględniła realne koszty wykonania zamówienia) wskazał jako zarzut ewentualny, wnosząc o jego nierozpatrywanie w przypadku uwzględnienia odwołania w zakresie odnoszącym się do zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny Przystępującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, co następuje:

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, której treść nie była sporna pomiędzy Stronami i nie budziła wątpliwości interpretacyjnych, Izba ustaliła, iż przedmiotem zamówienia w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest Usługa sprzątnięcia powierzchni biurowych i powierzchni zewnętrznych w kompleksach wojskowych: K-0188, ul. Sękocińska 8, K-3545, ul. Banacha 2, K-8689ul. Winnicka 1, K-3800, Al. Niepodległości 141a administrowanych przez JW2063, (kod CPV: 90910000-9). Przedmiot zamówienia wyszczególniono w załącznikach Nr 6-11 do SIWZ.

W punkcie XI.4 SIWZ Zamawiający wskazał, iż zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, w sposób niebudzący wątpliwości zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, załączając stosowne wyjaśnienia, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Na platformie w formularzu składania oferty znajduje się miejsce wyznaczone do dołączenia części oferty stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa.

W załączniku nr 9 do SIWZ zawarto opis przedmiotu zamówienia (dalej jako „OPZ”). Wskazano tam m.in. powierzchnie poszczególnych obiektów, rodzaje pomieszczeń, a także szczegółowy zakres obowiązków wykonawcy, na który powołano się w odwołaniu. Ponadto w załączniku nr 10 do SIWZ zawarto minimalne wymagania dotyczące m.in. struktury zatrudnienia. Zamawiający wskazał w szczególności:

- w odniesieniu do osoby wyznaczonej przez Wykonawcę do nadzoru nad realizacją przedmiotu zamówienia: „Nadzór musi być zapewniony w sposób skuteczny i ciągły przez min. 1 osobę w godzinach realizacji przedmiotu zamówienia, tj.: 1) Dla realizacji usług sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych oraz zewnętrznych: pięć dni w tygodniu, tj. od poniedziałku do piątku od godz. 6⁰⁰ do godz. 15³⁰ 2) dla realizacji usługi sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych pięć dni w tygodniu, tj. od poniedziałku do piątku od godz. 7⁰⁰ do godz. 15⁰⁰ oraz od godz. 15⁰⁰ do godz. 21⁰⁰ (dotyczy budynku przy Al. Niepodległości 141a). (...) Osoba wyznaczona do nadzoru nie wlicza się do minimalnej ilości osób realizującej przedmiot zamówienia.”
- W odniesieniu do osób wyznaczonych przez Wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia na powierzchni wewnętrznej: „Zamawiający wymaga minimum 19 osób, w tym 14 osób zatrudnionych na pełen etat, na umowę o pracę* do realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych z podziałem na kompleksy: K - 0188, ul. Sękocińska 8 - 1 osoba (6⁰⁰-14⁰⁰) + 1 osoba dyżur (14⁰⁰-15³⁰); K – 3800, Al. Niepodległości 141 a - 6 osób (4 osoby 7⁰⁰-15⁰⁰ i 2 osoby 15⁰⁰-21⁰⁰) (...). Zamawiający wymaga przez cały określony wyżej czas, pełnej ilości pracowników, wynikającej z powierzchni objętego usługą sprzątnięcia terenu. Uwaga: Łączna ilość osób wyznaczonych przez Wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia na powierzchni wewnętrznej nie może przekroczyć 24 osób. Zamawiający przewiduje konieczność zapewnienia przez Wykonawcę dyżuru sprzątnięcia w dni występu spektakli teatralnych (dotyczy K-3800 Al. Niepodległości 141 a).”
- W odniesieniu do osób wyznaczonych przez Wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia na powierzchni zewnętrznej: „Zamawiający wymaga minimum 7 osób, w tym 6 osób zatrudnionych na pełen etat, na umowę o pracę do realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie sprzątnięcia powierzchni zewnętrznych z podziałem na kompleksy: K - 0188, ul. Sękocińska 8 - 1 osoba (6⁰⁰-14⁰⁰), K – 3800, Al. Niepodległości 141 a - 1osoba (6⁰⁰-8⁰⁰, 18⁰⁰-20⁰⁰); (...) Usługa sprzątnięcia powierzchni zewnętrznych świadczona będzie pięć dni w tygodniu, tj. od poniedziałku do piątku od godz. 6⁰⁰ do godz. 14⁰⁰ z wyjątkiem Al. Niepodległości gdzie usługa ma być świadczona od poniedziałku do piątku od godz. 6⁰⁰ do godziny 8⁰⁰ oraz od godz. 18⁰⁰ do godz. 20⁰⁰ (...) Wykonawca zobowiązuje się, że każda osoba wskazana przez niego do wykonywania przedmiotu zamówienia wykonywać będzie usługę tylko i wyłącznie na terenie jednego kompleksu wojskowego. (niedopuszczalne jest przechodzenie pracowników między poszczególnymi kompleksami wojskowymi); Zamawiający wymaga przez cały określony wyżej czas, pełnej ilości pracowników wynikającej z powierzchni objętego usługą sprzątnięcia terenu.”

W postępowaniu wpłynęły cztery oferty, w tym Odwołującego z ceną 2 736 089,78 zł i Przystępującego z ceną 2 656 775,97 zł. Przystępujący w Formularzu cenowym, w tabeli 1 wskazał wartość usługi netto w czasie trwania umowy dla powierzchni zewnętrznej utwardzonej kompleksu Sękocińska w kwocie 50 444,16 zł, dla powierzchni wewnętrznej kompleksu Al. Niepodległości w kwocie 365 238,70 zł, dla powierzchni zewnętrznej zielonej kompleksu Al. Niepodległości w kwocie 1 920,31 zł, a dla powierzchni zewnętrznej utwardzonej kompleksu Al. Niepodległości w kwocie 90 802,25 zł.

Zamawiający w dniu 10 lipca 2020 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień istotnej części składowej ceny oferty, ponieważ budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu

zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego i jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę. Zamawiający wskazał, iż wykonawca w cenowym formularzu ofertowym, tabeli nr 1, pozycji nr 1 zewnętrzna utwardzona, kolumnie nr 11 zaoferował wartość usługi netto w czasie trwania umowy w kwocie 50.444,16 zł, co daje miesięczne wynagrodzenie dla wymaganego jednego pracownika zatrudnionego na pełen etat na umowę o pracę (zgodnie wymogami z załącznikiem nr 10 do SIWZ) w wysokości 2.101,84 zł. Zaoferowana stawka www. wartości jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, które zgodnie Rozporządzeniem Rady Ministrów na rok 2020 wynosi 2.600,00 zł. W związku z powyższym, w celu ustalenia czy ww. istotna część składowa zaoferowanej ceny jest rażąco niska Zamawiający wezwał do udzielenia wyczerpujących wyjaśnień dotyczących elementu oferty mającego wpływ na wysokość ceny. W celu udowodnienia, że zaoferowana przez Wykonawcę cena jest realna, Zamawiający wezwał do szczegółowej wyceny wszystkich elementów, które Wykonawca planuje wykorzystać przy realizacji niniejszego zamówienia, tj. osobowych, sprzętu, kosztów materiałowych i innych wykazanych w cenowym formularzu ofertowym.

Przystępujący w dniu 15 lipca 2020 r. przedstawił stosowne wyjaśnienia, zastrzegając ich treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Uzasadniając powyższe działanie Przystępujący wskazał, iż treść wyjaśnień zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powołał się na art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wskazując, iż pomimo, że przepis ten wskazuje na możliwość zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa jedynie informacji zawartych w treści ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, to dozwolone jest zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w innych dokumentach składanych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w wyjaśnieniach składanych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Powołał się na wyrok Izby w sprawach o sygn. akt KIO 165/15 oraz 2519/18. Wskazał także na treść art. 11 ust. 2 u.z.n.k., podnosząc, że wyjaśnienia wykonawcy z dnia 09.07.2020 r. zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Powołał się na poglądy doktryny przyjmujące, że informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeśli: ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub jest inną informacją posiadającą charakter gospodarczy, 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, a ponadto uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Wskazał, iż Informacje zawarte w wyjaśnieniach z dnia 15.07.2020 r. stanowią informacje nieujawnione do informacji publicznej. Ponadto wyjaśnił, iż przy zachowaniu należytej staranności podjął wszelkie dostępne mu środki, aby zachować te informacje w poufności. Dostęp do przedmiotowych informacji, w szczególności do zasad współpracy wykonawcy z kontrahentami i korzystnych warunków współpracy wypracowanych przez wykonawcę z kontrahentami, ma niewielkie grono osób zarządzających wykonawcy oraz ich pracowników. Podkreślił, że informacji tych nie może pozyskać każdy, kto jest zainteresowany ich uzyskaniem. Wykonawca przestrzega wewnętrznych procedur, zabezpieczających przedmiotowe informacje przed ich ujawnieniem. W szczególności wykonawca wprowadził techniczne środki zabezpieczenia informacji przed ich ujawnieniem. Wykonawca podejmuje więc wszelkie dostępne działania, w celu zachowania poufności przedmiotowych informacji. Powyższe świadczy jednoznacznie o tym, że wykonawca wykazał się należyłą starannością, w celu utrzymania informacji w poufności. Podniósł za wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 28 grudnia 2007 r., sygn. akt V CSK 444/06, iż powzięcie niezbędnych działań w celu zachowania informacji w poufności, ma powodować, że chronione informacje nie mogą dotrzeć do wiadomości osób, które są szczególnie zainteresowane ich posiadaniem z uwagi na prowadzoną działalność gospodarczą, bez żadnych specjalnych starań. Jak już wskazano, dostępu do zastrzeżonych informacji nie ma ogół osób, które zechciałyby je uzyskać. Wykonawca zapewnia, aby dostęp do tych informacji miało jedynie niewielkie grono kadry zarządzającej wykonawcy, a nadto osoby, które mają dostęp do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, zobowiązane są do zachowania ich poufności. W szczególności osoby te zobowiązały się pisemnie do nieujawniania takich informacji. Przystępujący wskazał, iż przedkłada w załączeniu wzór zobowiązania do zachowania poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stosowany u wykonawcy (Izba ustaliła, iż wzór ten nie został załączony do pisma).

Przystępujący wskazał, iż w treści wyjaśnień podał sposób wyliczenia ceny ofertowej. Dane te niewątpliwie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i posiadają wysoką wartość gospodarczą. Ujawnienie tych informacji konkurentom wykonawcy, umożliwiłoby poznanie zasad określania przez wykonawcę cen świadczonych usług, nie tylko w postępowaniach publicznych, ale również wobec pozostałych kontrahentów. Wyżej wskazane informacje stanowią informacje organizacyjne wykonawcy oraz inne informacje posiadające wartość gospodarczą. Dalej Przystępujący wskazał, iż w orzecznictwie podkreśla się, że takie informacje jak np. sposób i założenia do kalkulacji ceny ofertowej, w tym w szczególności przyjęty poziom zysku, stanowią tajemnice przedsiębiorcy wykonawcy, a ponadto posiadają wartość gospodarczą – powołał się na wyrok Izby w sprawach o sygn. akt KIO 1021/18, postanowienie w sprawie o sygn. akt KIO 654/18. Podniósł, iż informacje, które przekazuje posiadają szczególną wartość gospodarczą dla jego konkurentów na rynku świadczenia usług sprzątnia i utrzymania czystości. Szczególną wartość gospodarczą posiadają między inni zawarte w wyjaśnieniach: informacje dotyczące kontrahentów wykonawcy oraz zasad współpracy z nimi, informacje dotyczące technologii wykonania zamówienia, zasady kalkulacji cen ofertowych przez Wykonawcę, oraz posiadane przez Wykonawcę doświadczenie i organizacja pracy Wykonawcy. Ponadto informacją niewątpliwie stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa jest wysokość zysku, jako jednego z elementów składowych zaoferowanej przez Wykonawcę ceny. Ujawnienie przedmiotowych informacji spowoduje zachwianie pozycji konkurencyjnej Wykonawcy na rynku świadczenia usług sprzątnia i utrzymania czystości, gdyż pozwoli to na zapoznanie się przez konkurentów wykonawcy z zasadami organizacji działalności Wykonawcy, danymi wykorzystywanymi przez wykonawcę do kalkulacji oferowanych cen, przyjmowaną wysokością zysku Wykonawcy itd. Na potwierdzenie powyższego przywołał poglądy doktryny oraz wyrok Izby w sprawie o sygn. akt KIO 185/19.

Zamawiający w dniu 24 lipca 2020 r. skierował do Przystępującego pismo, w którym zakwestionował zasadność zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa i wniósł o odtajnienie treści tych wyjaśnień. W odpowiedzi na to pismo Przystępujący wskazał, iż nie wyraża zgody na powyższe i przedstawił dalszą argumentację, załączając także wzór zobowiązania do zachowania poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, stosowany u wykonawcy.

W dniu 7 sierpnia 2020 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Izba ustaliła ponadto, iż Zamawiający po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej nie udostępnił Odwołującemu

na jego wniosek treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego w dniu 15 lipca 2020 r.

Łbza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Łbza stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie – w zakresie dotyczącym zaniechania odtajnienia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny zastrzeżonych przez wykonawcę STEKOP Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Łbzy Zamawiający swoim zachowaniem naruszył zasadę jawności postępowania.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (ust. 2). Wyjątek od powyższej zasady wskazano w art. 8 ust. 3 ustawy 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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

Jak wynika z powyższych przepisów kluczową zasadą systemu zamówień publicznych jest jawność postępowania, która stanowi jedno z narzędzi i gwarancji zachowania w postępowaniu zarówno uczciwej konkurencji, jak i jego przejrzystości. Art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wprost wskazuje, iż jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest wykazanie przez wykonawcę, że informacje te w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Oznacza to, że informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawne tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru. Brak wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych powinien być traktowany jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ochrony, co z kolei aktualizuje po stronie Zamawiającemu obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Rolą Zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca sprostował obowiązkowi wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Aby wykazać zasadność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest wykazać wystąpienie wszystkich przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Zgodnie z tym 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 konsekwencji Przystępujący zobowiązany był po pierwsze zastrzec, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a w uzasadnieniu zastrzeżenia wykazać, że po pierwsze dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie że informacja ta 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, a po trzecie, że podjęto w stosunku do tej informacji działania w celu utrzymania jej w poufności. Wyżej wskazane przesłanki muszą wystąpić łącznie.

Dalej należy zauważyć, że w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wskazano na termin, w jakim wykonawca może zastrzec określone informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa z równoczesnym wykazaniem zasadności takiego zastrzeżenia – musi to nastąpić nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Przepis ten odnosi się do informacji składanych wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co nie oznacza, że nie jest możliwe zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do informacji wynikających z oświadczeń czy dokumentów składanych na dalszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. W orzecznictwie Łbzy ugruntowany jest pogląd, iż w takiej sytuacji wykonawca powinien najpóźniej w chwili składania oświadczenia lub dokumentu zastrzec, że zawiera on informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa oraz równocześnie wykazać zasadność dokonanego zastrzeżenia, tj. spełnienie wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. (por. m.in. wyrok z dnia 15 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 545/19). Jak wskazano w wyroku z dnia 29 lipca 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1266/16 „w odniesieniu do informacji zawartych w dokumentach składanych zamawiającemu w toku postępowania należy stosować *per analogiam* omówione powyżej reguły postępowania wyrażone w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, czyli wraz z ich złożeniem należy dokonać zarówno stosowanego zastrzeżenia, jak i wykazać jego zasadność.”

Oznacza to, że Przystępujący składając w dniu 15 lipca 2020 r. wyjaśnienia w przedmiocie ceny oferty, aby móc zastrzec je jako tajemnicę przedsiębiorstwa w całości, winien równocześnie wykazać zasadność dokonania takiego zastrzeżenia, tj. wykazać, że spełnione zostały wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. i to w odniesieniu do wszystkich informacji przedstawionych w wyjaśnieniach. Przy czym podkreślić trzeba, iż obowiązek „wykazania”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oznacza coś więcej niż jedynie wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. W ocenie Łbzy pod tym pojęciem należy rozumieć nie tylko złożenie samego oświadczenia, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również, w okolicznościach konkretnej sprawy, udowodnienie czy co najmniej uprawdopodobnienie takiego stanu rzeczy. W ocenie Łbzy Przystępujący nie wykazał istnienia przesłanek warunkujących skuteczność zastrzeżenia informacji przedstawionych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Po pierwsze, przedstawione uzasadnienie zawiera głównie teoretyczne wywody odwołujące się do elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa i poglądów orzecznictwa, które mogą zostać wykorzystane na potrzeby każdego postępowania. Treść zastrzeżenia nie referuje do informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, tymczasem to w odniesieniu do tych informacji Przystępujący powinien wykazać ich poufny charakter. Obowiązkiem Przystępującego było wykazanie, że to te właśnie informacje, które zawarł w wyjaśnieniach (i to w całości, skoro zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa całość wyjaśnień) posiadają wartość gospodarczą, że nie są to informacje powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób oraz że podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Tymczasem przedstawione uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest skonkretyzowane, a ogólne. Jego treść

wręcz sugeruje, że nie zostało ono przygotowane na potrzeby tego postępowania, ponieważ nie przystaje do treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Przykładowo Przystępujący w treści uzasadnienia wskazał, iż „dostęp do przedmiotowych informacji, w szczególności do zasad współpracy wykonawcy z kontrahentami i korzystnych warunków współpracy wypracowanych przez wykonawcę z kontrahentami, ma niewielkie grono osób zarządzających oraz ich pracowników”, gdy tymczasem treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny w ogóle nie odwołuje się do relacji z kontrahentami (sam Przystępujący wskazał w piśmie procesowym, że „zamierza zrealizować w całości zamówienie siłami własnymi i w przeciwieństwie do Odwołującego nie musi ponosić kosztów zwiększonych wynagrodzeń podwykonawców”). Podobnie uzasadniając kwestię posiadania przez informacje wskazane w wyjaśnieniach wartości gospodarczej Przystępujący wskazał, iż „Szczególną wartość gospodarczą posiadają między innymi zawarte w wyjaśnieniach: informacje dotyczące kontrahentów wykonawcy oraz zasad współpracy z nimi, informacje dotyczące technologii wykonania zamówienia (...)”, co także w ogóle nie przystaje do treści wyjaśnień z dnia 15 lipca 2020 r. Ponadto Izba zgodziła się z Odwołującym, że za negatywną należy uznać praktykę zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa całej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Aczkolwiek *a priori* nie można wykluczyć sytuacji, w której pełna treść wyjaśnień mogłaby zawierać informacje posiadające wartość gospodarczą, to jednak przypadki takie należy rozpatrywać raczej w kategorii wyjątku niż reguły. Część wyjaśnień Przystępującego niewątpliwie stanowi informacje powszechnie dostępne, a jako przykład można tu wskazać chociażby dokumenty załączone do tych wyjaśnień.

Po drugie Przystępujący nie wykazał wartości gospodarczej informacji zawartych w wyjaśnieniach. Izba wskazuje, iż na gruncie u.z.n.k. ochronie podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się wartością gospodarczą. Nie wystarczy stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi ona także przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Zgodnie z zasadą jawności wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z tym, iż ich oferty co do zasady będą jawne. Wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, co oznacza że samo subiektywne przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji nie stanowi dostatecznego uzasadnienia. W ocenie Izby za niewystarczające uznać należy takie uzasadnienie, które poza przywołaniem tez orzeczniczych ogranicza się do lakonicznych stwierdzeń, że ujawnienie informacji konkurentom umożliwiłoby poznanie zasad określania przez wykonawcę cen świadczonych usług i spowodowałoby zachwianie pozycji konkurencyjnej wykonawcy na rynku świadczenia usług sprzątnia i utrzymania czystości. Okoliczność, że konkurencyjni wykonawcy mogliby poznać sposób, w jaki Przystępujący skalkulował cenę na potrzeby tego konkretnego postępowania nie przesądza jeszcze o tym, że doszłoby do zachwiania pozycji Przystępującego na ww. rynku. Oczywistym jest, że podmioty konkurujące ze sobą na danym rynku zbierają i analizują informacje na temat cen, kontrahentów czy metod realizacji zamówienia przez swoich konkurentów. Niemniej przedstawiona w wyjaśnieniach kalkulacja cenowa zawiera informacje o cenach, jakie Przystępujący chce zaoferować w tym jednym, konkretnym postępowaniu, wskazuje na jego strategię cenową, ale przyjętą na potrzeby tego konkretnego postępowania, uwzględniając jego specyfikę i charakter. Niewątpliwie strategia ta nie jest niezmienna, nie jest jednakowa dla każdego postępowania, lecz każdorazowo indywidualnie opracowywana. Przystępujący nie przedstawił żadnych argumentów, dlaczego właśnie te konkretne informacje przedstawione w wyjaśnieniach, miałyby stanowić informacje posiadające wartość gospodarczą i dlatego.

Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku z dnia 26 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1317/19, iż przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć świadomość konsekwencji jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Jawność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. W przedmiotowej sprawie Przystępujący oparł swoje przekonanie o wartości gospodarczej informacji przedstawionych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny na ogólnych, subiektywnych stwierdzeniach, pozbawionych szerszego uzasadnienia, nie przedstawiając także żadnych danych pozwalających na obiektywne zweryfikowanie jego przypuszczeń. Takie działanie nie może być uznane za wystarczające do wykazania wartości gospodarczej informacji zawartych w treści wyjaśnień z dnia 15 lipca 2020 r. Dodać należy, że nawet w sytuacji, gdy określone informacje ze swej istoty czy charakteru mogą faktycznie posiadać pewną wartość gospodarczą, to nie uprawnia to ani Izby, ani Zamawiającego do utajnienia tych informacji, w sytuacji gdy wykonawca nie wywiązał się z obowiązku wykazania ich poufnego charakteru. To wykonawca jest dysponentem tych informacji i to na nim spoczywa ciężar wykazania konieczności udzielenia im ochrony. Zaniechanie udostępnienia konkurencyjnym wykonawcom informacji, co do których nie wykazano, aby posiadały jakąkolwiek wartość gospodarczą, nie sprzyja ani transparentności postępowania, ani zachowaniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Po trzecie, w ocenie Izby Przystępujący nie wykazał również, aby podjął przy zachowaniu należytej staranności działania zapobiegające do zachowania informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny w poufności. Zauważyć należy, że Zamawiający weryfikując czy powyższa przesłanka z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. została spełniona, powinien dysponować informacjami i dokumentami, które mu na taką pozytywną weryfikację pozwolą. Przystępujący zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa jedynie w sposób ogólny wskazał na okoliczności takie jak przestrzeganie wewnętrznych procedur zabezpieczających informacje przed ujawnieniem, wprowadzenie technicznych środków zabezpieczenia, udostępnienie informacji ograniczonemu kręgowi odbiorców, zobowiązanie osób mających dostęp do informacji do zachowania poufności. Tego rodzaju ogólniki niewątpliwie mogą zostać wskazane przez każdego wykonawcę na potrzeby każdego postępowania. Przystępujący szerzej stosowanych środków nie opisał ani nie wyjaśnił, nie złożył również żadnych dowodów, które potwierdzałyby rzeczywiste podjęcie działań w celu zachowania informacji przedstawionych w wyjaśnieniach z dnia 15 lipca 2020 r. w poufności. Zaniechanie to uniemożliwiło Zamawiającemu przeanalizowanie po pierwsze czy Przystępujący faktycznie wdrożył procedury w celu ochrony informacji poufnych, na które się powoływał, a po drugie czy te procedury są skuteczne i rzeczywiście mogły być one uznane za działania wystarczające do zachowania zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji w poufności. Zamawiający, dysponując jedynie lakonicznym oświadczeniem Przystępującego nie był w stanie zweryfikować jego prawdziwości i potwierdzić, że u Przystępującego rzeczywiście obowiązują określone metody ochrony informacji. W ocenie Izby wykazanie powyższych okoliczności nie było utrudnione, ponieważ działania mające na celu zachowanie poufności określonych informacji co do zasady przybierają materialną postać - mogą to być środki techniczne, informatyczne, monitoring, ale i dokumentacja potwierdzająca istnienie i wdrożenie procedur bezpieczeństwa (jak chociażby wewnętrzne regulaminy, polityka bezpieczeństwa informacji, umowy NDA, klauzule stosowane

w umowach z pracownikami, współpracownikami, kontrahentami, etc.). Przystępujący swoich ogólnych twierdzeń o stosowaniu się do istniejących procedur wewnętrznych niczym nie poparł, podczas gdy obiektywnie miał taką możliwość. Przystępujący wraz z pismem zastrzegającym tajemnicę przedsiębiorstwa nie złożył nawet wzoru zobowiązania do zachowania poufności informacji, na który się powołał w treści pisma, zaś przedstawienie takiego dokumentu na późniejszym etapie było działaniem spóźnionym.

Po czwarte Izba miała także na względzie, że Przystępujący sam ujawnił w swoim piśmie procesowym znaczną część informacji przedstawionych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, opisując zarówno sposób kalkulacji ceny, jak i czynniki wpływające na obniżenie ceny. Jego argumentacja prezentowana w postępowaniu odwoławczym wprost odwoływała się do własnego doświadczenia związanego ze świadczeniem usług na rzecz Zamawiającego obecnie, faktu posiadania wszystkich maszyn i narzędzi, faktu zamortyzowania posiadanych sprzętów, braku konieczności ponoszenia kosztów początkowych świadczenia usługi, czy do zamiaru zatrudnienia do realizacji zamówienia osób niepełnosprawnych. Co więcej, Przystępujący w odniesieniu do kompleksu Al. Niepodległości i kompleksu Sękocińska sam wskazał ile osób niepełnosprawnych zamierza zatrudnić do świadczenia usług na tych kompleksach, jaki stopień niepełnosprawności mają te osoby i jakie miesięczne dofinansowanie z PFRON z tego tytułu otrzyma. W piśmie procesowym Przystępujący zawarł również szczegółowy opis czynników obniżających koszty wykonania zamówienia, w tym wskazał, jakich kosztów nie musi ponosić ze względu na świadczenie usług dla Zamawiającego obecnie, a także wskazał, że zamierza całe zamówienie zrealizować siłami własnymi. Takie działanie poddaje w wątpliwość sygnalizowany w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zamiar utrzymania tych informacji w poufności czy też okoliczność, że ich ujawnienie miałyby prowadzić do zachwiania pozycji Przystępującego na rynku usług sprzątania i utrzymania czystości.

Mając powyższe na uwadze w ocenie Izby potwierdził się zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Zamawiający nie udostępniając Odwołującemu treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego, w sytuacji gdy ich poufny charakter nie został wykazany, de facto pozbawił Odwołującego możliwości kontroli czynności Zamawiającego polegającej na ocenie tych wyjaśnień i podniesienia skonkretyzowanych zarzutów w postępowaniu odwoławczym. W konsekwencji Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa treści wyjaśnień złożonych w dniu 15 lipca 2020 r. przez wykonawcę STEKOP Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie wraz z załącznikami.

Jedynie celem wyjaśnienia, z uwagi na fakt, iż z dokumentów zamówienia wynika, iż Zamawiający prowadził z Przystępującym dalszy dialog w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, którego efektem było przedstawienie przez Przystępującego dalszej argumentacji uzasadniającej skuteczność zastrzeżenia, w tym złożenie dowodu na okoliczność stosowania pewnych procedur bezpieczeństwa informacji, Izba wskazuje, iż Zamawiający, uznając, że zastrzeżenie określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie było skuteczne, nie powinien był zwracać się do wykonawcy z wnioskiem o odtajnienie tych informacji, lecz poinformować wykonawcę, iż uznaje dokonane zastrzeżenie za bezskuteczne i dokona odtajnienia przedmiotowych informacji. Wykonawcy, który zastrzegł określone informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa, na taką czynność Zamawiającego, przysługiwałoby prawo do wniesienia odwołania. Rolą Zamawiającego nie jest prowadzenie postępowania wyjaśniającego w zakresie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Zamawiający nie musi oczekiwać zgody wykonawcy na odtajnienie informacji. Wykonawca chcąc objąć pewne informacje tajemnicą zobowiązany jest w odpowiednim momencie (tj. składając te informacje) dokonać stosownego zastrzeżenia oraz wykazać zamawiającemu jego zasadność. Za niedopuszczalne należy późniejsze uzupełnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Orzecznictwo dopuszcza co najwyżej możliwość wyjaśnienia pewnych niejasności, które mogą się nasunąć Zamawiającemu w wyniku lektury uzasadnienia zastrzeżenia w odniesieniu do informacji i dowodów przedstawianych przez wykonawcę w tym zastrzeżeniu. Jednakże wyjaśnienia takie nie mogą sprowadzać się do umożliwienia wykonawcy przedstawienia nowych okoliczności czy dowodów, których wykonawca zaniechał wskazać w terminie, w którym winien był to uczynić.

W pozostałym zakresie Izba oddaliła odwołanie.

Zarzut nr 3 odwołania, dotyczący zaniechania wezwania Przystępującego do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny usługi sprzątania powierzchni wewnętrznej kompleksu Al. Niepodległości oraz ceny całkowitej usługi sprzątania powierzchni tego kompleksu, Izba uznała za niewykazany.

Zgodnie z 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 wskazanym w pkt 1) – 5) tego przepisu. W ust. 3 tego przepisu wskazano, iż 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 art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Dokonując oceny omawianego zarzutu Izba miała na względzie okoliczność, iż jego przedmiotem nie było zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na rażąco niską cenę usługi sprzątania powierzchni wewnętrznej kompleksu Al. Niepodległości oraz ceny całkowitej usługi sprzątania powierzchni tego kompleksu, lecz zaniechanie wezwania Przystępującego do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w wyżej wskazanym zakresie. W tej sytuacji w postępowaniu odwoławczym zastosowanie znajdowała klasyczna zasada rozkładu ciężaru dowodu określona w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, nie zaś zasada szczególna wskazana w art. 190 ust. 1a ustawy Pzp, wedle której ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania. W konsekwencji to Odwołującego obciążał obowiązek dowodowy w zakresie wykazania zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, aktualizujących po stronie Zamawiającego obowiązek wezwania konkurencyjnego wykonawcy do wyjaśnień. Odwołujący zobowiązany był zatem wykazać, że cena (w tym wypadku jej istotne części składowe – cena usługi sprzątania powierzchni wewnętrznej kompleksu Al. Niepodległości oraz cena całkowita usługi sprzątania powierzchni tego kompleksu) w ofercie Przystępującego powinna

wydawać się Zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzić jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Mając na względzie, iż wskaźniki pomocnicze określone w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp nie zostały przekroczone, Odwołujący domagając się wezwania wykonawcy do wyjaśnień, winien był wykazać okoliczności, które jego zdaniem prowadzić powinny do powstania u Zamawiającego tego rodzaju wątpliwości. Co więcej, w treści omawianego przepisu, jest mowa o tym, że cena ma wydawać się Zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia z podkreśleniem słowa „rażąco” - nie wystarczy zatem wykazać, że cena powinna wydawać się zamawiającemu niska, lecz rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby Odwołujący nie sprostął spoczywającemu na nim ciężarowi wykazania, że Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości skutkujące koniecznością wezwania Przystępującego do wyjaśnień w ww. zakresie. Przede wszystkim należy wskazać, że cała argumentacja przedstawiona w odwołaniu została oparta na błędnym założeniu – a mianowicie na tezie, że Przystępujący kalkulując koszt usługi sprzątania powierzchni kompleksu przy Al. Niepodległości nie uwzględnił kosztów minimalnego wynagrodzenia za pracę, a także innych niezbędnych kosztów. Powyższe Odwołujący wywodził wyłącznie z matematycznych wyliczeń, dzieląc cenę wskazaną w formularzu przez Przystępującego na liczbę miesięcy i etatów. Sam Odwołujący miał jednak świadomość, że Przystępujący może korzystać z dofinansowania PFRON z tytułu zatrudnienia osób niepełnosprawnych, niemniej już okoliczności tej we własnych wyliczeniach nie uwzględnił. Odwołujący jedynie lakonicznie zarzucił że Przystępujący może „manipulować” dofinansowaniem, które w ocenie Odwołującego i tak nie wystarczy na uzupełnienie braków kosztowych, argumentacji tej jednak niczym nie poparł. Przywołanych na uzasadnienie tej tezy, bliżej nie określonych, matematycznych wyliczeń, Odwołujący nie przedstawił. Odwołujący nie próbował także zobrazować, jaki realny koszt wiąże się z obowiązkami nałożonymi na wykonawców, które szeroko przywołał na str. 26-27 odwołania, zakładając z góry w sposób niczym nieuzasadniony, że Przystępujący obowiązków tych nie wziął pod uwagę kalkulując cenę oferty. Brak tego rodzaju inicjatywy ze strony Odwołującego de facto uniemożliwił Izbie weryfikację kalkulacji kosztowej przedstawionej przez Przystępującego w wyjaśnieniach z dnia 15 lipca 2020 r. i konfrontację podanych tam wartości z wartościami rynkowymi.

Ponadto argumentacja przedstawiona w odwołaniu nie broni się w świetle wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Prawdą jest, że wezwanie do wyjaśnień wystosowane przez Zamawiającego odnosiło się tylko do kompleksu przy ul. Sekocińskiej, niemniej wbrew stanowisku Odwołującego nie oznacza to, że pozostała część wyjaśnień, odnosząca się do innych kompleksów, miałaby zostać na obecnym etapie pominięta przez Zamawiającego czy Izbę. Wyjaśnienia złożone w dniu 15 lipca 2020 r. stanowiły bowiem integralną całość, obrazującą założenia przyjęte przez Przystępującego podczas wyceny i czynniki wpływające na wysokość kosztów. Z ich treści wynika, że okoliczności, na które powołano się w odwołaniu, zostały przez Przystępującego uwzględnione podczas kalkulacji ceny ofertowej. W odniesieniu do usługi sprzątania powierzchni wewnętrznej kompleksu Al. Niepodległości Przystępujący uwzględnił wskazywaną przez Odwołującego wymaganą liczbę etatów oraz pozapłacowe koszty pracy, przyjęte wynagrodzenie z tytułu umów o pracę nie było niższe niż wynikające z przepisów minimalne wynagrodzenie, a z uwzględnieniem pozapłacowych kosztów pracy nie było niższe niż wskazana przez Odwołującego jako koszty wynagrodzenia za jeden etat kwota 3 132,48 zł. Uwzględniono także inne koszty takie jak koszty zastępstw urlopowych, odzieży roboczej, badań lekarskich, środków czystości, czy sprzętu. Przystępujący wskazał także liczbę osób niepełnosprawnych, jaką zamierza zatrudnić oraz podał dane dotyczące stopnia niepełnosprawności, uzasadniając tym samym uwzględnioną podczas kalkulacji pomoc publiczną. Co więcej, Przystępujący w piśmie procesowym przedstawił Odwołującemu dokładną liczbę osób niepełnosprawnych, jaką zamierza zatrudnić, ich stopień niepełnosprawności oraz założoną w związku z tym wysokość pomocy publicznej, a wartości tych Odwołujący w ogóle nie zakwestionował. Tymczasem przy uwzględnieniu dofinansowania z tytułu zatrudnienia osób niepełnosprawnych nie sposób uznać, aby zarzucany przez Odwołującego „niedobór” w wycenie kosztów faktycznie miał miejsce. Tym samym chybione są również twierdzenia Odwołującego o tym, że cena całkowita za usługę sprzątania tego kompleksu powinna wzbudzić wątpliwości.

Za bezzasadny Izba uznała także zarzut oznaczony nr 4, tj. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Należy wskazać, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ustawa Pzp nie definiuje czynu nieuczciwej konkurencji odsyłając w tym zakresie do ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W art. 3 ust. 1 tej ustawy zawarto ogólną definicję czynu nieuczciwej konkurencji, którym jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ust. 2 tego przepisu wskazuje na otwarty katalog przypadków, w których działanie danego podmiotu może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu tej ustawy może być zatem uznane także działanie niewymienione wśród przypadków stypizowanych w art. 5 - 17d u.z.n.k., jeżeli tylko odpowiada wymaganiom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 1998 r., I KKN 904/97). W takiej sytuacji, aby określone działanie mogło zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji, należy wykazać spełnienie przesłanek wynikających z art. 3 ust. 1 u.z.n.k., tj., że jest ono sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz że zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Niewątpliwie zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jest jedną z naczelných zasad udzielania zamówień publicznych, dlatego też uzasadnionym jest odrzucenie oferty wykonawcy, który narusza przedmiotową regułę. Niemniej należy mieć na uwadze fakt, że zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji powinien być udowodniony. Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy.

Odwołujący w odwołaniu postawił zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, nie wskazując jednak pod jaki delikt w jego ocenie czyn Przystępującego należałoby zakwalifikować, a w konsekwencji nie podejmując nawet próby wykazania przesłanek warunkujących uznanie danego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji. Co prawda w orzecznictwie Izby nie brakuje wątpliwości okoliczność, iż przenoszenie kosztów pomiędzy odrębnymi pozycjami i manipulowanie ceną oferty przez określanie części cen na poziomie rażąco niskim, nie pozwalającym na pokrycie rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia, może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, niemniej to rolę Odwołującego było wykazanie, że w przedmiotowym przypadku do takiej

manipulacji cenowej doszło i spełnione zostały przesłanki warunkujące uznanie takiego działania za czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący powinien był udowodnić, że zachowanie Przystępującego wypełnia dyspozycję art. 3 ust. 1 u.z.n.k., a zatem wykazać, że jest ono sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz że zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta lub dyspozycję art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., a zatem wykazać, że mamy do czynienia ze sprzedażą towarów (usług) poniżej kosztów ich wytworzenia, przez co dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, a nadto utrudnienie to ma za swój cel eliminację innych przedsiębiorców. Ciężar wykazania powyższych okoliczności spoczywał, zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu opisaną w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, na Odwołującym, który z tych właśnie okoliczności wywodził skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty Przystępującego.

Tymczasem Odwołujący nie przedstawił w zasadzie żadnego wywodu mającego uzasadniać, że zachowanie Przystępującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Argumentacja Odwołującego sprowadzała się do zaszyfalizowania, że w zakresie wyceny kosztów sprzątania powierzchni wewnętrznej kompleksu Al. Niepodległości zachodzi niedobór, a w zakresie wyceny kosztów sprzątania powierzchni zewnętrznej tego kompleksu nadwyżka, co uzasadniać ma uznanie, że ta nadwyżka miała być przeznaczona na pokrycie kosztów sprzątania powierzchni wewnętrznej. Powyższe stanowi nic innego jak niczym nie poparte przypuszczenie Odwołującego, w dodatku oparte o błędne założenie, jakoby cena za sprzątanie powierzchni wewnętrznej została skalkulowana ze stratą – powyższe nie broni się w konfrontacji z informacjami wynikającymi z treści wyjaśnień Przystępującego z dnia 15 lipca 2020 r., co wskazano już we wcześniejszej części uzasadnienia. Nadto Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji mającej wykazać okoliczność, że działanie Przystępującego było sprzeczne z prawem, dobrymi obyczajami zagrażało ono lub naruszało interes innego przedsiębiorcy lub klienta, tudzież że doszło do utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, mające na celu eliminację innych przedsiębiorców.

Zarzut nr 5, tj. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego mimo, że wykonawca nie sprostął ciężarowi wykazania, że istotna część składowa ceny, tj. koszt sprzątania powierzchni zewnętrznej utwardzonej w ramach kompleksu Sękocińska 8, nie jest rażąco niska, nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę. Zgodnie z oświadczeniem złożonym przez Odwołującego do protokołu rozprawy zarzut ten był zarzutem ewentualnym, wobec czego Odwołujący wniósł o jego nierozpoznawanie w przypadku uwzględnienia zarzutów dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa, a rozpoznanie w przypadku ich nieuwzględnienia. Mając na uwadze, iż Izba uwzględniła odwołanie w zakresie odnoszącym się do zaniechania odtajnienia treści wyjaśnień Przystępującego z dnia 15 lipca 2020 r. i nakazała Zamawiającemu uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia tych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zgodnie z wolą Odwołującego, przedmiotowy zarzut nie był rozpoznawany. W ocenie składu orzekającego formułowanie zarzutów odnoszących się do treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy odmowa udostępnienia tych wyjaśnień naruszała przepisy ustawy Pzp, winno mieć miejsce dopiero po udostępnieniu ich treści Odwołującemu.

W ocenie Izby nie zasługuje na uwzględnienie także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp (zarzut nr 6), który Odwołujący wiązał z wyceną przez Przystępującego wynagrodzenia za usługę sprzątania powierzchni zewnętrznej utwardzonej w ramach kompleksu Sękocińska oraz powierzchni wewnętrznej w ramach kompleksu Al. Niepodległości niezgodnie z przepisami regulującymi wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą. Pojęcie „ustawy” użyte w treści omawianej regulacji odnosić należy do ustawy Prawo zamówień publicznych. Skład orzekający podziela pogląd wyrażony w wyroku Izby z dnia 21 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2535/18, gdzie podkreślono, iż „użyty w art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych wyraz „ustawa” („jest niezgodna z ustawą”) należy odnosić do tego konkretnego aktu, nie zaś do innych ustaw. Powyższe wynika z zasad techniki prawodawczej, w myśl których użycie przez ustawodawcę, bez innych określeń, słowa „ustawa” w danej ustawie, oznacza tę właśnie ustawę, nie zaś inne ustawy. Ponadto należy zwrócić uwagę, że ustawodawca w art. 89 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych odniósł się do innych przepisów, wskazując, że oferta podlega też odrzuceniu, jeżeli „jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów”. Tym samym inne przepisy niż ustawa Prawo zamówień publicznych zostały wyraźnie wskazane przez ustawodawcę w tym ostatnim przepisie, co tym bardziej dowodzi, że w art. 89 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych chodzi wyłącznie o tą właśnie ustawę.”

W konsekwencji odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp następuje w przypadku niezgodności oferty z wymaganiami określonymi w ustawie Pzp i aktach wykonawczych do tej ustawy, a nie jakichkolwiek innych ustaw. Tym samym, nawet ewentualne stosowanie przez wykonawcę wynagrodzenia niższego od przewidzianego w ustawie o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, nie może stać się podstawą odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Oczywiście nie oznacza to, że dozwolone jest stosowanie niższych stawek wynagrodzenia niż określone ustawą o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, ale takie działanie może być przyczyną odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a nie pkt 1 tego przepisu (por. m.in. wyroki KIO z dnia 17 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2435/19, z dnia 21 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2535/18). Niezależnie jednak od powyższego, stanowiąca istotę omawianego zarzutu okoliczność, jakoby Przystępujący nie uwzględnił wysokości minimalnego wynagrodzenia w kalkulacji cen za usługi sprzątania powierzchni zewnętrznej utwardzonej w ramach kompleksu Sękocińska oraz powierzchni wewnętrznej w ramach kompleksu Al. Niepodległości nie znajduje żadnego uzasadnienia na gruncie wyjaśnień przedstawionych przez Przystępującego - z wyjaśnień tych jasno wynika, że wynagrodzenie uwzględnione podczas kalkulacji nie było niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę wynikające z obowiązujących przepisów.

Za bezzasadny Izba uznała także zarzut nr 7, tj. zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby oferta Przystępującego miała być niezgodna z SIWZ czy też zawierać

błąd w obliczeniu ceny ani aby po stronie Zamawiającego miały zaistnieć wątpliwości co do treści oferty, które uzasadniałyby wystosowanie do Przystępującego wezwania w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Argumentacja przedstawiona na poparcie omawianego zarzutu, podobnie jak przy innych zarzutach, oparta była na błędnym założeniu, że ceny za usługę sprzątnięcia powierzchni zewnętrznej utwardzonej kompleksu Sękocińska, powierzchni wewnętrznej kompleksu Al. Niepodległości i całej powierzchni kompleksu Al. Niepodległości nie wystarczą na koszty wynagrodzeń wymaganej ilości etatów. Powyższe, jak już szczegółowo omówiono we wcześniejszej części uzasadnienia, nie znajduje oparcia w rzeczywistych założeniach, jakie Przystępujący miał na uwadze kalkulując ceny oferty w tych pozycjach. Stanowisko Odwołującego ogranicza się wyłącznie do niczym nie popartych hipotez, sprowadzających się do twierdzenia, że skoro nie uwzględniono kosztów wynagrodzeń pracowników, to Przystępujący nie zapewni pokrycia kosztów wykonywania innych obowiązków umownych. Izba miała na względzie, że Odwołujący formułując zarzuty nie znał treści wyjaśnień Przystępującego z dnia 15 lipca 2020 r., niemniej Odwołujący nawet nie pokusił się o wskazanie, jakie (w jego ocenie) koszty wiążą się z realizacją obowiązków, które w treści odwołania wymienił, nie wskazał żadnych kwot, które pozwalałyby skonfrontować informacje podane przez Przystępującego w wyjaśnieniach z realiami rynkowymi i chociaż uprawdopodobnić, że mogło dojść do nieuwzględnienia jakiegoś elementu w wycenie. Odwołujący nie sprostował obowiązkowi wykazania, iż Przystępujący składając ofertę nie uwzględnił określonych cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu, warunków realizacji czy wymagań wynikających z przepisów prawa, a to w takim przypadku można byłoby mówić o błędzie w obliczeniu ceny. Na podstawie argumentacji zaprezentowanej przez Odwołującego nie sposób także stwierdzić, aby pomiędzy ofertą Przystępującego a wymaganiami SIWZ miała zachodzić merytoryczna niezgodność, uzasadniająca odrzucenie tej oferty.

Zarzut oznaczony nr 9, tj. zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, nie został przez Odwołującego uzasadniony. Jako, że Odwołujący w *petitum* odwołania wiązał go z zaniechaniem wyboru jego oferty ze względu na fakt, że to jego oferta byłaby najkorzystniejsza po wezwaniu Przystępującego do wyjaśnień i odrzuceniu oferty Przystępującego, Izba zarzutu tego również nie uwzględniła, co stanowiło konsekwencję oddalenia zarzutów odnoszących się do zaniechania wezwania Przystępującego do wyjaśnień i zaniechania odrzucenia jego oferty.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 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 (Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Skład orzekający podziela pogląd ugruntowany w orzecznictwie sądów powszechnych, iż w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. W przedmiotowej sprawie Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Stosunkowego rozdzielenia kosztów Izba dokonała w oparciu o podniesione zarzuty, które Izba podzieliła na pięć grup: 1) dotyczące zaniechania udostępnienia dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, 2) dotyczące zaniechania wezwania Przystępującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny; 3) dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na okoliczność, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji; 4) dotyczące zaniechania odrzucenia oferty jako niezgodnej z ustawą; 5) dotyczące zaniechania odrzucenia oferty z uwagi na jej niezgodność z SIWZ i błąd w obliczeniu ceny. Odwołanie zostało uwzględnione w zakresie tylko jednej z ww. grup zarzutów, tj. w zakresie uznania przez Zamawiającego za skuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa treści wyjaśnień Przystępującego z dnia 15 lipca 2020 r. Tym samym okazało się ono zasadne w stosunku 1/5 i bezzasadne w pozostałej części.

Kosztami postępowania obciążono zatem Przystępującego (wnoszącego sprzeciw) w części 1/5 i Odwołującego w części 4/5. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izba w kwocie 3 600 zł oraz koszty poniesione przez wnoszącego sprzeciw z tytułu zastępstwa przed Izba w kwocie 3 600 zł (łącznie 22 200 zł). Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (15 000 zł + 3.600 zł), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 17 760 zł (22 200 zł x 4/5). Wobec powyższego Izba zasądziła od Przystępującego wnoszącego sprzeciw na rzecz Odwołującego kwotę 840 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodniczący:.....