Sygn. akt KIO 322/20

WYROK

z dnia 28 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu 27 lutego 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2020 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum firm: lider konsorcjum: ANN-POL INWESTYCJE 8 - Sp. z o. o. z Opola i partnerzy konsorcjum: ANN-POL INWESTYCJE 14 - Sp. z o.o. z Opola, ANN-POL INWESTYCJE 16 - Sp. z o.o. z Opola, KILO-WAT Sp. z o.o. z Opola (45-940 Opole, ul. Łączna 2/H) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Wrocławskie Mieszkania Sp. z o.o. z Wrocławia (ul. Namysłowska 8 50-304 Wrocław),

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia; Konsorcjum firm: lider konsorcjum: ANN-POL INWESTYCJE 8 - Sp. z o. o. z Opola i partnerzy konsorcjum: ANN-POL INWESTYCJE 14 - Sp. z o.o. z Opola, ANN-POL INWESTYCJE 16 - Sp. z o.o. z Opola, KILO-WAT Sp. z o.o. z Opola (45-940 Opole, ul. Łączna 2/H) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza na rzecz zamawiającego: Wrocławskie Mieszkania Sp. z o.o. z Wrocławia (ul. Namysłowska 8 50-304 Wrocław) od odwołującego kwotę 1.099 zł 84 gr (słownie: jeden tysiąc dziewięćdziesiąt dziewięć złotych osiemdziesiąt cztery grosze) tytułem kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

2.3. nie uwzględnia wniosku o zasądzenie na rzecz zamawiającego kwoty 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień

publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego

doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Sygn. akt KIO 322/20

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez zamawiającego: Wrocławskie Mieszkania Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług utrzymania stałej czystości i porządku budynków stanowiących własność Gminy Wrocław oraz stałej czystości i porządku miejsc zbierania

odpadów stałych z nieruchomości Gminy Wrocław". Znak postępowania: WM/SZP/PN/69/2019/G o wartości zamówienia przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dz. Urz. UE numer [2019/S 241-592253], data 13.12.2019 r. Odwołujący: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia; Konsorcjum firm: lider konsorcjum: ANN-POL INWESTYCJE 8 - Sp. z o. o. z Opola oraz partnerzy: ANN-POL INWESTYCJE 14 - Sp. z o.o. z Opola, ANN-POL INWESTYCJE 16 - Sp. z o.o. z Opola, KILO-WAT Sp. z o.o. z Opola zarzucił Zamawiającemu naruszenie w zakresie części I i IV polegających na:

1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez S&A Service Sp. z o.o. z Wrocławia (wykonawca S&A);

2) błędnej ocenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę S&A

3) uznanie, że spełniają one wymagania określone w ustawie Pzp, podczas gdy złożone wyjaśnienia są lakoniczne, ogólne, niewystarczające, nie poparte żadnymi dowodami, co więcej zawarte w nich treści wprost wskazują na okoliczność zaoferowania przez Wykonawcę rażąco niskiej ceny;

4) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy S&A pomimo, że zawiera ona cenę dla zadania nr I i IV skalkulowaną nierzetelnie, w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności wykonawca nie udźwignął ciążącego na nim ciężaru udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

5) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy S&A pomimo, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, albowiem wykonawca dokonał zastosowania cen poniżej poziomu rynkowego, celem wyłudzenia zamówienia, przy tym nie udźwignął ciążącego na nim ciężaru udowodnienia rażąco niskiej ceny;

6) podejmowaniu czynności w postępowaniu w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy Pzp poprzez stworzenie sytuacji, w której porównanie ofert nie jest możliwe.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego w zakresie części I i IV zarzucił naruszenie:

1) art.90 ust.3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust.1 i ust. 3 Pzp - zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S&A w sytuacji, gdy wykonawca: (1) złożył nierzetelne, ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia, a przede wszystkim nie przedstawił dowodów uzasadniających podniesione przez siebie twierdzenia w zakresie ceny i jej istotnych części składowych, a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia; (2) nie skalkulował pełnego zakresu przedmiotu zamówienia i nie jest on w stanie wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, w szczególności z uwagi na przyjęty do wyceny nieprawidłowy przelicznik ilości powierzchni do sprzątania w stosunku na ilość osób niezbędnych do realizacji zamówienia wg obowiązujących norm, konieczność zapewnienia pracownikom praw pracowniczych, uwzględnienia wynikających z SIWZ kosztów pracowniczych, a w konsekwencji (3) oferta ta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający tym samym wbrew dyspozycji art. 90 ust. 3 Pzp jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę, pomimo że: (1) wykonawca S&A nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu, a tym samym nie obalił domniemania, że cena oferty jest rażąco niska,

(2) opisany przez wykonawcę sposób obliczenia ceny w wyjaśnieniach ceny wskazuje, iż wykonawca wprowadził w błąd Zamawiającego, przedstawiając błędne rachunki i obliczenia, niepełną kalkulację kosztów, nie uwzględniając tym samym kalkulacji podstawowych czynności wymaganych i określonych w SIWZ i dokumentach postępowania;

2) art.90 ust.3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz art. 90 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust.1 i ust. 3 Pzp zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...) - zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S&A w sytuacji, gdy jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, albowiem

wykonawca na dzień składania ofert wskazywał jasno w formularzu ofertowym, że na dzień składania ofert nie jest mu znany podwykonawca, któremu przekaże do realizacji część zamówienia, a w przedłożonym piśmie tytułowanym jako wyjaśnienia, wskazał, iż

zaproponowana w ofercie cena jest tak niska z uwagi na korzystny układ jaki wykonawca

zawarł z podwykonawcą w zakresie realizacji zamówienia;

3) art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp, w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp - przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem

zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co przejawiało się poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu z uwagi na fakt, że wykonawca S&A nie obalił domniemania prawnego, iż oferta zawiera rażąco niską cenę.

4) art. 8 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp - niezachowanie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i naruszenie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego polegające na zaniechaniu odtajnienia treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, który wbrew obowiązkom ustawy, nie wykazał łącznego wystąpienia przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wskazując na powyższe zarzuty (część I i IV) wniósł o: 1) uwzględnienie odwołania w całości, 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na ocenie ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę, 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, a w tym: odrzucenie oferty Wykonawcy, wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, ponadto wniósł o: 4) obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa prawnego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący stwierdził, że posiada legitymację uprawniającą do wniesienia odwołania określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, środki ochrony prawnej określone w Dziale VI ustawy Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes prawny w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Jak podkreśla się w orzecznictwie i doktrynie zamówień publicznych, przesłanki określone w przytoczonym wyżej przepisie muszą zostać spełnione łącznie. Jednocześnie interes prawny w orzecznictwie z zakresu zamówień publicznych definiuje się jako obiektywną, a więc wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia odnoszącą się do konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony i które ma doprowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Łącznie z interesem w uzyskaniu danego zamówienia powinna zostać wykazana szkoda, która zasadniczo ma charakter szkody majątkowej wskutek utraty możliwości uzyskania zamówienia, przy czym szkoda ta musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Uwzględniając powyższe, bez wątpienia w przedmiotowej sprawie Odwołujący ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia i interes ten jest kwalifikowany szkodą jaka zostanie przez niego poniesiona wskutek naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Skutkiem zaskarżonych czynności Zamawiającego jest pozbawienie

Odwołującego możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy Odwołujący złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy, która to stanowi dla Zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą", w znaczeniu określonym przez ustawę Pzp oraz Zamawiającego, spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, w szczególności jest ofertą z ceną rynkową gwarantującą należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Wskutek naruszenia wskazywanych w niniejszym odwołaniu przepisów ustawy Pzp - czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej przeprowadzone zostały nieprawidłowo, co spowodowało, że oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w klasyfikacji ofert. W związku z powyższym, z Odwołującym nie zostanie zawarta umowa o zamówienie, a tym samym Odwołujący utraci możliwość uzyskania przychodów z jej realizacji, wskutek czego poniesie szkodę. Szkoda ta jest normalnym następstwem naruszenia przepisów ustawy Pzp, bowiem gdyby te przepisy nie zostały naruszone, oferta Wykonawcy, która aktualnie sklasyfikowana jest na pierwszym miejscu zostałaby odrzucona. W konsekwencji oferta Odwołującego sklasyfikowana zostałaby na pierwszym miejscu i wówczas Odwołujący zawarłby z Zamawiającym umowę o zamówienie publiczne. Wobec zaistnienia podstaw do odrzucenia oferty Wykonawcy, oferta złożona przez Odwołującego mogłaby zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. Tym samym Odwołujący mógłby uzyskać zamówienie stanowiące przedmiot prowadzonego przez Zamawiającego postępowania.

W uzasadnieniu podnoszonych zarzutów w odwołaniu wskazał w szczególności na następujące okoliczności:

Zakres czynności będących przedmiotem zamówienia, częstotliwość ich wykonywania oraz standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech zamówienia określają SIWZ, OPZ i załączniki do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Zestawienie treści postanowień Specyfikacji z treścią przedłożonej przez wykonawcę oferty w szczególności z treścią wyjaśnień złożonych w toku postępowania prowadzi do wniosku, iż oferta złożona przez Wykonawcę zawiera rażąco niską cenę, a przede wszystkim Wykonawcy nie udało się skutecznie obalić domniemania, że cena jest rażąco niska. Wykonawca składający zamawiającemu wyjaśnienia, powinien wskazać wszystkie okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny. Wyjaśnienia powinny być jasne, konkretne i spójne, adekwatne do przedmiotu zamówienia i uwzględniać jego założenia oraz specyfikę właściwą dla danej branży (wyrok KIO 1972/18). Konsekwencją utrzymywanej wykładni przepisów słuszne jest stanowisko w sprawie odnoszące się do konieczności odrzucenia oferty, w przypadku gdy złożone wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej, czego Zamawiający nie dopełnił. Zamawiający przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zobligowany jest między innymi do oszacowania wartości zamówienia z należytą starannością. Wartość szacunkowa zamówienia odzwierciedla rynkową cenę przedmiotu, który jest objęty postępowaniem- stanowi wycenę przedmiotu zamówienia w odniesieniu do aktualnych cen rynkowych a czyni to na podstawie art. 33 do 35 ustawy Pzp. Zamawiający w niniejszej sprawie oszacował kwoty przeznaczone na realizacji zadań następująco:

- dla zadania 1 kwota przeznaczona jest o 35.30 % wyższa niż wartość oferty wykonawcy

- dla zadania 4 kwota przeznaczona jest o 68.63 % wyższa niż wartość oferty wykonawcy.

W przedmiotowym postępowaniu wykonawca złożył ofertę w terminie, wynikiem czego było wezwanie go do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny dla trzech z czterech możliwych zadań. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie trzech zadań, do których był wzywany przedłożył w dniu 24 stycznia 2020 r.: referencje ze zrealizowanych kontraktów obejmujących podobny jak w przedmiocie przedmiotowego zamówienia zakres prac, rabaty od dostawców - jako dokument objęty tajemnicą przedsiębiorstwa; ofertę podwykonawców - jako dokument objęty tajemnicą przedsiębiorstwa, dokument nazwany jako „kalkulacja kosztów dla zad. nr 1, zad. nr 3 oraz zad. nr 4".

W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej ETS) podnoszono, że procedura wyjaśniania jest niezbędna w świetle europejskiego prawodawstwa z zakresu zamówień publicznych, gdyż zabezpiecza przed arbitralnością oceny zamawiającego co do rażąco niskiej wysokości ceny (por. wyr. z dnia 22 czerwca 1989 r. 103/88, wyr. z dnia z dnia 27 listopada 2001 r. C- 285/99, wyr. z dnia 15 maja 2008 r. C-147/06, z dnia 29 marca 2012 r. C-599/10). Ciężar dowodu w zakresie wykazania, że cena lub koszt nie są rażąco niskie spoczywa na wykonawcy. Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy. Wykonawca w ramach składanych wyjaśnień powinien przedkładać dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę są nierzetelne, ogólnikowe i lakoniczne, w tym - ze względu na poziom ich ogólności - Zamawiający nie był uprawniony przyjąć na ich podstawie, że zaoferowana przez Wykonawcę w tym postępowaniu cena jednostkowa ma charakter rynkowy. Odnosząc się do wyjaśnień jakie złożył wykonawca w zakresie kalkulacji ceny zaoferowanej w przedmiotowym postępowaniu dla zadania nr 1 i 4, uwagę zwrócić należy na fakty, będące podstawą podejmowanych obliczeń i rachunków przez doświadczonych oferentów. Opierając się na powszechnie obowiązujących normach dotyczących wydajności i możliwości świadczenia usług porządkowych na powierzchniach, które to są wykładnią do kalkulowania i szacowania kosztów realizacji podobnych zamówień, przenosząc na grunt przedmiotowego postępowania, podkreślił, że wykonawca nienależycie oszacował niezbędna ilość osób wymagana do realizacji przedmiotowej usługi dla każdego z zadań. Wykonawca zadeklarował w swojej ofercie, że częstotliwość świadczonych usług będzie przedstawiać dla każdego z zadań następująco: zamiatanie klatek schodowych- pięć razy w tygodniu, mycie klatek schodowych - cztery razy w miesiącu, oświadczając w wyjaśnieniach, że zatrudniać będzie do realizacji wszystkich usług pracowników w wymiarze: dla zadania pierwszego - 3.5 etatu; dla zadania czwartego - 5 etatów.

Na tym etapie wykonawca dokonał niedoszacowania należytej liczby osób, co wykazujemy na podstawie „612 oficjalnych norm czasu sprzątania ISSA " B. W. standaryzujących usługi należytego utrzymania czystości (uwzględniają one wydajność pracownika w odniesieniu do konkretnej czynności).

Tabela 1. Niezbędna ilość etatów w oparciu o normy, dla zadania nr 1 (według tabeli):

Poz. Kosztorysu: 484 - zamiatanie (powierzchnia zamiatana oraz myta codziennie - 20.778,44 - norma m2/h - 516 - wymagana liczba godz. (1m2) - 40,27 - wymagana liczba osób (8 godz. tydzień pracy) - wymagana ilość etatów: 5.03

Poz. Kosztorysu: 513 - mycie (powierzchnia myta) - 4.166,69 - norma m2/h - 372 - wymagana liczba godz. (1m2) - 11, 17 - wymagana liczba osób (8 godz. tydzień pracy) - wymagana liść etatów:1.40.

Łącznie wymagana ilość etatów dla tych pozycji: 6,43.

Podobne wyliczenia przedstawił w zakresie zadania 4.

Tabela 2. Niezbędna ilość etatów w oparciu o normy, dla zadania nr 4:

Poz. Kosztorysu: 484 - zamiatanie (powierzchnia zamiatana oraz myta codziennie - 35.762,71 - norma m2/h - 516 - wymagana liczba godz. (1m2) - 69,31 - wymagana liczba osób (8 godz. tydzień pracy) - wymagana ilość etatów: 8,66

Poz. Kosztorysu: 513 - mycie (powierzchnia myta) - 7.152,54 - norma m2/h - 372 - wymagana liczba godz. (1m2) - 19,23 - wymagana liczba osób (8 godz. tydzień pracy) - wymagana liść etatów:2.40.

Łącznie wymagana ilość etatów dla tych pozycji: 11,07.

Powyższe zestawienie obrazuje (zdaniem wykonawcy), że przy metrażu objętym przedmiotowym zamówieniem, uwzględniając ośmiogodzinny wymiar etatu, i wydajność osób wykonujących usługę, niezbędnym minimum do wykonania należycie tylko czynności zamiatania i mycia klatek w zadeklarowanej przez wykonawcę częstotliwości, trzeba w kalkulacji uwzględnić niemal dwukrotnie więcej etatów niż wskazał wykonawca. Wykonawca w wyjaśnieniach określając liczbę etatów na poziomie 3,5 dla zadania pierwszego i 5 dla zadania czwartego świadomie założył, że w trakcie faktycznej realizacji umowy nie będzie świadczył usług z zadeklarowaną przez siebie częstotliwością, gdyż nie jest to realne do zrobienia, przez co jego oferta nie spełnia wymagań określonych w treści SIWZ. Po przedstawionym powyżej niedoszacowaniu ilości etatów można wyciągnąć wniosek, że już z założenia usługi będą świadczone nienależycie, ewentualnie interwencyjnie. Znamiennym faktem dowodzącym nierzetelnych i lakonicznych wyjaśnień po niedoszacowaniu ilości wymaganych etatów na samo sprzątanie powierzchni wewnętrznych klatek schodowych jest nie uwzględnienie w kosztach kalkulacji przedłożonych do wyjaśnień wykonawcy żadnych kosztów związanych z drugą częścią zamówienia zawarta w tytule postępowania „utrzymanie stałej czystości i porządku miejsc zbierania odpadów stałych z nieruchomości..." . Przywołując zapisy SIWZ i wymagania określone w załącznikach do dokumentacji postępowania, zamawiający wskazuje w punkcie 7 załącznika numer 3 do umowy, że obowiązkiem wykonawcy jest usuwanie według potrzeb wszelkich odpadów komunalnych, w tym m.in. mebli i innych odpadów wielogabarytowych, sprzętu RTV i AGD, opon, gruzu...” . W wyjaśnieniach do treści SIWZ z dnia 31.12.2019, na pytanie jednego z wykonawców w związku z przedstawionym zakresem prac, w szczególności w załączniku nr 3 do umowy pkt. 7 usuwanie z miejsca zbierania (obudów śmietnikowych) odpadów wielkogabarytowych o podanie dokładnej ilości i krotności wywozów celem dokonania rzetelnej kalkulacji. Zamawiający wyjaśnił, że ilość odpadów wielkogabarytowych do wywozu przez wykonawcę dla każdej z nieruchomości może wynosić do 8m 3 w ciągu dwóch miesięcy. Na tę okoliczność, wykonawca prócz kosztów związanych z transportem i wywozem odpadów na wysypisko, powinien zabezpieczyć przynajmniej dwie osoby (kierowca oraz osoba pomagająca nieść ciężkie gabaryty z klatek i miejsc zbierania odpadów, zapakować je na samochód i wypakować w odpowiednim do tego miejscu) czego nie uczynił. Ponadto, w przypadku przeładowania obudów śmietnikowych, obowiązkiem pracowników wykonawcy jest wyciągnięcie przepełnionego kontenera z wiaty, uprzątnięcie miejsca zbierania odpadów wtoczenie z powrotem ciężkich kubłów do wiaty. Jest to czynność, która nie zostanie wykonana przez jedną osobę sprzątającą, z uwagi na ograniczenia fizyczne człowieka związane z bardzo dużym ciężarem przepełnionych pojemników na odpady. Pozycje te w ogóle nie zostały uwzględnione w wyjaśnieniach wykonawcy jakoby w ogóle nie brał on pod uwagę jej świadczenia, a na pewno jest istotną czynnością skoro bardzo wysoko wykonawca wycenił tę pozycję w formularzu cenowym. Wskazał na wyrok KIO 13/18 i podniósł: (...) wyjaśnienia, składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, muszą być szczegółowe i wyczerpujące.

Jeżeli są ogólnikowe i lakoniczne - wówczas przyjmuje się, że w ogóle nie zostały złożone." Wyjaśnienia w takim kształcie, jak zostały złożone, nie pozwalają na rozwianie wątpliwości, w związku z niedoszacowaniem zakresu prac objętych usługą oraz obciążenia wykonawcy wszelkimi kosztami materiałowymi i logistycznymi, co z mocy domniemania, wynikającego z faktu wezwania do wyjaśnień prowadzi do wniosków, iż zaoferowana cena pozostaje rażąco niska. Zamawiający zobligowany jest do odrzucenia oferty wykonawcy, w sytuacji, gdy złożone wyjaśnienia są niepełne i nie pozwalają z całą pewnością uznać ceny oferty za realną, za którą dany wykonawca może w sposób prawidłowy zrealizować zamówienie." (KIO 1363/13). Jak z powyższego wynika to w interesie samego Wykonawcy jest złożenie kompletnych wyjaśnień potwierdzonych dowodami. Wykonawca w dokumencie zatytułowanym jako „kalkulacja" dla każdego z zadań przedłożył tabelę składającej się z jednego wiersza, i czterech pozycji liczbowych będących odzwierciedleniem tylko jednego działania matematycznego mającego udowodnić wysokość kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników do realizacji przedmiotowego zadania. Uznając to za wystarczające , przeszedł do dalszych kroków „kalkulacji" wskazując drugą, i tym samym ostatnią pozycję kosztów ujętych w kalkulacji zatytułowanych „pozostałe koszty" wskazując od myślników co ma w domyśle się na to składać. Wykazując podstawy konkretnych szacunków wykonawcy muszą wyjaśniać, w którym miejscu swojej kalkulacji uzyskują oszczędność, za pomocą jakich innowacyjnych metod czy technik udało im się je osiągnąć, a także w jaki sposób kształtują się koszty pracy czy pomoc publiczna. Nie ulega wątpliwości, że wyjaśnienia przedłożone przez wykonawcę, w żaden sposób nie są związane z dokładną analizą kosztów i rachunków wynikających na przedstawioną w formularzu oferty cenę zaproponowaną na realizację zadań pierwszego i czwartego w myśl zasady „papier przyjmie wszystko". W formularzu ofertowym wskazane zostało przez wykonawcę, iż zamierza on zgodnie z wymogami zawartymi w SIWZ osoby do realizacji usługi zatrudnić na podstawie umowy o pracę na warunkach określonych w art. 22 § 1 ustawy - Kodeks pracy, przy czym w wyjaśnieniach ceny wykonawca nie uwzględnił wszystkich kosztów związanych z zatrudnianiem pracowników na umowę o pracę, co czyni kalkulację ceny nierzetelną, a wyjaśnienia niewiarygodnymi. Wykonawca wskazuje zamiar wykonania usługi przez osoby zatrudnione łącznie dla zadania pierwszego :w wymiarze 3,5 etatu co daje kwotę 131.050,92 na 12 miesięcy dla zadania czwartego: w wymiarze 5 etatów co daje kwotę: 187. 215,60 na 12 miesięcy Następnie wymienił jedynie pozostałe koszty takie jak: środki, sprzęt, narzędzi (uwzględniono amortyzację) itp., nadzór, ubezpieczenie, koszty zastępstwa na czas urlopu lub choroby pracownika, grupa robocza, koszty zagospodarowania odpadów stanowiące łącznie kwotę dla zadania pierwszego: 25.365,00 na 12 miesięcy (tj. 2113,75 zł na miesiąc) dla zadania czwartego : 36 012,00 na 12 miesięcy (tj. 3001,00 na miesiąc). Zdaniem Odwołującego absolutnie niewystarczające jest przedstawienie przez Wykonawcę ogólnej informacji jaką przedłożył. Każda z informacji ujętych w wyjaśnieniach Wykonawcy - powinna zostać przełożona na konkretną wartość liczbową, tj. na wysokość oszczędności jakie z tego tytułu udało się osiągnąć Wykonawcy, przyjęty poziom ceny. Wskazanie przez wykonawcę pozycji opisanych lakonicznie „grupa robocza", „środki, sprzęt" , które służą do ujęcia kosztów pośrednich, niewycenianych bezpośrednio w innych pozycjach, uniemożliwia ocenę rzetelności i poprawności kalkulacji cenowej oferty. Szczegółowość wyjaśnień wykonawcy niejednokrotnie była przedmiotem orzekania Krajowej Izby Odwoławczej m.in.:

- KIO 40/17: „(...) dla wyjaśnienia elementów ceny mających wpływ na jej wysokość istotne są właśnie konkretne wartości i ich wpływ na cenę. Nie sposób ocenić, czy przyjęte stawki

są stawkami realnymi, skoro nie zostały one poparte żadnymi dowodami. (...) Dodowami takimi mogą być umowy z dostawcami, faktury i rachunki potwierdzające koszty wykorzystywanych mediów, umowy o pracę z zatrudnionymi pracownikami, listy płac i wiele innych. Wobec braku jakichkolwiek konkretnych danych ocena zasadności przyjętych wartości jest po prostu niemożliwa",

•KIO 2528/15: „ Zamawiający powinien pozyskać jednoznaczne wyjaśnienie od wykonawcy i dopiero w wyniku oceny tych wyjaśnień podjąć decyzje, w tym o wyborze oferty (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8 kwietnia 2009 r. sygn.. akt XII Ga 59/09). Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać Zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie Zamawiającego. Zauważyć należy, iż wezwanie to nie musi być szczegółowo rozpisane. Zamawiający, oceniając, czy może mieć do czynienia z rażąco niską ceną, niejednokrotnie, formułując wezwanie, nie jest przecież w stanie przewidzieć, jakie okoliczności lub czynniki mogą wpływać na wysokość ceny oferty. Fakt wystosowania wezwania o charakterze ogólnym, jako otwartego pytania, nie zwalnia wykonawcy z obowiązku szczegółowego przedstawienia składowych ceny i opisania czynników, które o wysokości tej ceny zadecydowały",

- KIO 2031/14 złożenie przez wykonawcę wyjaśnień, które nie rozpraszają wątpliwości zamawiającego, co do rynkowego charakteru ceny oferty, zrównane jest w skutkach z niezłożeniem wyjaśnień i powoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp",

- KIO 1561/14, 1577/14 „Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinien wykazać, co spowodowało obniżenie ceny, oraz w jakim stopniu wskazane przez niego elementy ceny wpłynęły na jej obniżenie, jak również przedstawić dowody na potwierdzenie zaistnienia podnoszonych okoliczności. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Nie jest przy tym wystarczającym złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, ale wyjaśnień odpowiednio umotywowanych i przekonywujących, iż zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską".

W podpunkcie drugim w zakresie wyjaśnienia ceny dla zadania 1 i 4 wykonawca nie uwzględnił kosztów zastępstwa na czas urlopu lub też choroby pracownika. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia usługa ma charakter ciągły, co narzuca wykonawcy obowiązek zapewnienia zastępstw na czas nieobecności pracownika. Każdemu pracownikowi przysługuje średnio 26 dni (minimalny okres urlopu przysługujący pracownikowi to 20 dni, z uwagi na np. staż pracy, ale należy uwzględniać pracowników z długim stażem pracy czy tez uzyskane w trakcie orzeczenie o niepełnosprawności pracownika). Przepisy stanowią, że osoba zatrudniona w ramach zastępstwa za urlopowanego pracownika, również musi być zatrudniona w na podstawie umowy o prace lub tez umowy na zastępstwo która jest odzwierciedleniem umowy o prace i wiąże się z takimi samymi kosztami tj. za każdy etat pracownikowi przyjętemu na zastępstwo należy się 3132,00 zł proporcjonalnie do okresu pracy (zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r.). Wyliczając koszty zastępstw urlopowych (zgodnie z załączoną poniżej kalkulacją zastępstwa urlopowe dla jednej osoby/miesięcznie = 321,97 zł) na podstawie powyższego przytoczenia realnych kosztów obowiązujących na obecnym gruncie prawnym uwzględniając wyłącznie kwotę minimalnego wynagrodzenia, nie wliczając w to kosztów badań okresowych pracowników, kosztów kadrowych dla nowych pracowników i innych pośrednich kosztów np. związanych ze szkolenie wstępnym i szkoleniem BHP, kosztów zastępstw dla pracowników wskazanych wyżej wynosić będą:

Dla zadania pierwszego (3,5 etatu x 321,97) 1.126,90 x12 miesięcy = 13. 552,80;

Dla zadania czwartego (5 etatu x 321,97) 1.609,85 x 12 miesięcy = 19. 318,20
25. 365,00-13.552,80 = 11.812,20

36. 012,00 - 19318,20 = 16.693,80

Z powyższego wynika, że na wszelkie koszty pozostałe wskazane w wyjaśnieniach (środki, sprzęt, narzędzia, nadzór, ubezpieczenie, koszty zastępstwa na czas choroby pracownika, grupa robocza, koszty zagospodarowania odpadów) będą wynosić według założeń wykonawcy: dla zadania pierwszego 11.812,20 rocznie (tj 984,35 zł miesięcznie); dla zadania czwartego 16.693,80 rocznie (tj. 1.391,15 zł miesięcznie).

Są to ceny nierealne do zrealizowania usługi. Zabezpieczenie tak niskiej kwoty nie gwarantuje wykonanie usługi na należytym i wymaganym przez Zamawiającego poziomie, a tym bardziej nie zapewnia wykonawcy zysku z umowy. Wskazując powyżej jak niska kwota zostaje wykonawcy do zagospodarowania na rzecz kosztów pozostałych, na uwagę w pierwszej kolejności zasługuje pozycja związana z nadzorem pracowników. Pomimo, że Zamawiający nie wskazuje na konieczność zatrudnienia osoby nadzorującej prace na podstawie umowy o pracę, to na podstawie § 9 wzoru umowy zamawiający wyraźnie żąda aby wykonawca dysponował osobą nadzorującą pracę. Wykonawca zobowiązany jest do stosowania Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r, która wynosi 17,00 zł. (tj. koszt pracodawcy 20,48 /rbh) Zakładając, że poziom nadzoru będzie minimalny, jedna godzina dziennie na zadanie nr 1, dwie godziny dziennie na zadanie nr cztery (co przy ilości metrażu powierzchni i krotności sprzątania 4 x w miesiącu mycie wszystkich klatek schodowych i 5 x w tygodniu zamiatanie wszystkich klatek schodowych jest niewystarczające , wskazujemy jednak to jako minimum w celu uwiarygodnienia zarzutów) należy wskazać, że miesięczne wynagrodzenie osoby nadzorującej realizację prac wyniesie odpowiednio 430,08 zł dla zadania pierwszego i 860,16 zł dla zadania czwartego.

Reasumując stwierdził, że w wyjaśnieniach brak jest szczegółowych informacji na temat wszystkich ponoszonych przez Wykonawcę realnych kosztów, przede wszystkim brak należytej kalkulacji ceny oraz dowodów na potwierdzenie poprawności przyjętych w ofercie wartości. Tak lakonicznymi wyjaśnieniami Wykonawca nie podołał spoczywającemu na nim po myśli art. 90 ust. 2 Pzp ciężarowi dowodu. Z uwagi na wymienione uchybienia i niedbałość w przedłożonych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny przedstawiamy zestawienie tabelaryczne dla zadania 1 i 4, przyjmując na potrzeby wykazania nierzetelnych wyliczeń ilość etatów jaką zadeklarował wykonawca, z wszystkimi pozycjami jakie winien uwzględnić w prawidłowo wykonanej kalkulacji poniżej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 19/02/2020) wskazał na okoliczności:

1. odrzucenia odwołania, na podstawie art. 189 ust.2 pkt.2 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp jako złożonego przez podmiot nieuprawniony, który podlegałby wykluczeniu z postępowania, gdyby Zamawiający zgodnie z wnioskiem odwołania dokonał ponownej oceny ofert.

W przypadku nie uwzględnienia przez KIO wniosku o odrzucenie oferty,

2. oddalenie odwołania jako oczywiście bezzasadnego,

3. dopuszczenie dowodu z dokumentacji postępowania w szczególności: (1) SIWZ, w szczególności pkt 1 ppkt 2) lit. a rozdz. VII określającego warunki udziału w postępowaniu dotyczące kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej na okoliczność jej treści; (2) wezwania skierowanego przez Zamawiającego do S&A Service Sp. z o.o. (Wykonawca) do złożenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny na okoliczność jego treści; (3) wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny dla zadania nr 1 oraz nr 4, złożonych przez Wykonawcę na wezwanie Zamawiającego wraz z załącznikami na okoliczność ich treści, w szczególności wykazania, że cena oferowana przez wykonawcę nie jest rażąco niska.

W uzasadnieniu stanowiska wskazał na następujące okoliczności:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust.2 pkt.2 w związku z art. 179 ust.1 Pzp jako złożone przez podmiot nieuprawniony, który podlegałby wykluczeniu z postępowania gdyby Zamawiający zgodnie z wnioskiem odwołania dokonał ponownej oceny ofert. Na podstawie art. 189 ust.2 pkt.2 Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Art. 179 ust. 1 Pzp określa katalog podmiotów uprawnionych do wniesienia odwołania i stanowi, że „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.” Urząd Zamówień Publicznych w wydanej opinii prawnej zamieszczonej na stronie UZP wskazał, że: „Taki wykonawca (kwestionujący czynność wyboru oferty najkorzystniejszej) będzie miał potencjalnie możliwość uzyskania zamówienia, jeżeli jego oferta będzie ważna i sam nie będzie podlegał wykluczeniu z postępowania, poprzez czynność ponownej oceny ofert. (...). Odwołujący składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu powołał się na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej. Stosownie do zapisów pkt 1 ppkt 2) lit. a rozdz. VII SIWZ (znak postępowania: WM/SZP/PN/69/2019/G), Zamawiający wymagał od Wykonawców spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej. tj. posiadania prawomocnego zezwolenia na transport odpadów zgodnego z obowiązującymi przepisami prawa tj. ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, dotyczące odpadów zaklasyfikowanych do grupy „20” — odpady komunalne, łącznie z frakcjami gromadzonymi selektywnie, tj. odpady sklasyfikowane do podgrupy: „20 03” — inne odpady komunalne, o kodach: 20 03 01, 20 03 03, 20 03 07, 20 03 99 lub umowy z przedsiębiorstwem posiadającym zezwolenie na transport ww. odpadów”.

Odwołujący w pkt. 10 Formularza oferty wskazał firmę Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. jako podwykonawcę dysponującego zezwoleniem wymaganym na transport odpadów, jednocześnie deklarując powierzenie temu podmiotowi „wykonanie usług związanych z transportem — do których wymagane jest zezwolenie na transport odpadów, utrzymanie czystości, nadzór nad realizacją umowy”. Zgodnie z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. Jak precyzuje ustawa, zdolności innych podmiotów na których może polegać wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, mogą przybrać postać zdolności technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej. Oznacza to, iż wykonawca nie może, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, polegać na kompetencjach lub uprawnieniach do prowadzenia działalności zawodowej, posiadanych przez podmioty trzecie. W tym celu wykonawca, który sam nie posiada wymaganych kompetencji lub uprawnień może ubiegać się o udzielenie zamówienia wspólnie z wykonawcą, który posiada niezbędne kompetencje lub uprawnienia na podstawie umowy konsorcjum. Zgodnie z SIWZ, w przypadku zaangażowania w realizację zamówienia kilku podmiotów spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, wykazuje ten podmiot, który będzie świadczył usługę, dla wykonywania której

potrzebne jest zezwolenie, o którym mowa w pkt 1 ppkt 2) lit. a) rozdz. VII SIWZ. Zamawiający przewidział w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu możliwość skorzystania z art. 24aa Pzp i w toku czynności oceny ofert nie dokonał podmiotowej oceny wszystkich wykonawców w zakresie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Zamawiający dokonał oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 Pzp) oraz kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ, a następnie wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, dokonał jego oceny podmiotowej tj. zbadał oświadczenie wstępne, a następnie zażądał przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp. W świetle powyższego Odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Gdyby bowiem Zamawiający zgodnie z wnioskiem odwołania dokonał ponownej oceny ofert i badał spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego, Odwołujący podległaby wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12 Pzp, ponieważ nie wykazałby spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 1 ppkt 2) lit. a) rozdz. VII SIWZ. Oferta Odwołującego nie mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza, ale podlegałaby odrzuceniu z mocy art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Odnosząc się do zarzutów, stwierdził:

Zarzut, że oferta wybrana zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia nie zasługuje na uwzględnienie. Wykonawca S&A Service Sp. z o.o. w nawiązaniu do wezwania o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny dla zadania nr 1, nr 3 oraz nr 4, oświadczyła, że ceny oferty wykonawcy, w kwocie: 203.304,55 zł brutto (dla zad. nr 1), 393.299,75 zł brutto (dla zad. nr 3) i 285.196,46 zł brutto (dla zad. nr 4) zgodnie z wymogami SIWZ i wzoru umowy (w szczególności rozdz. XVI pkt. 2 SIWZ oraz rozdz. III pkt. 4 SIWZ) uwzględniają wszystkie zobowiązania i obejmują wszystkie koszy związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, są cenami w pełni rynkowymi i odpowiadają warunkom stawianym przez Zamawiającego, a ponadto stanowią bilans sprzyjających i dostępnych dla Wykonawcy warunków cenotwórczych wykonania niniejszego zamówienia. Wyjaśniając ceny ofert na poszczególne zadania i dowodząc, że nie stanowią one rażąco niskiej ceny, Wykonawca wskazał, iż podczas kalkulacji uwzględnił poniższe elementy wskazujące na oszczędność metody wykonania zamówienia, takie jak:

1) Doświadczenie - wykonawca posiada kilkunastoletnie doświadczenie w zakresie tożsamym z zakresem przedmiotowego zamówienia na terenie miasta Wrocławia, potwierdzone referencjami udzielonymi przez klientów Wykonawcy, na dowód czego Wykonawca przedstawił referencje wskazujące na prawidłowe, rzetelne i terminowe wykonywanie usług zbliżonych do objętych przedmiotem niniejszego zamówienia. Ponadto wykonawca od kilku lat świadczy należycie usługi na rzecz Gminy Wrocław reprezentowanej przez Wrocławskie Mieszkania Sp. z o.o. w tożsamym zakresie za zbliżoną cenę do zaoferowanej w niniejszym postępowaniu, znany jest więc wykonawcy charakter usługi i wymogi z nią związane, także od strony praktycznego wykonywania tego przedmiotu zamówienia (przy uwzględnieniu obecnych zapisów w SIWZ) oraz rzeczywiste koszty. Mając na uwadze powyższe zaproponowane ceny w zadaniach nr 1, 3 oraz 4 są wynikiem rzetelnej kalkulacji, z uwzględnieniem wymagań Zamawiającego oraz kosztów Wykonawcy.

2) Sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne Wykonawcy, oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych : część kosztów tj. zakup środków czystości, sprzętu czy naprawy serwisowe - duża ilość zamówień dokonanych przez wykonawcę, przekłada się na niższą niż rynkowa cenę u dostawców. Na bazie długoletniej współpracy z dostawcami zarówno sprzętu, jak i środków czystości wykonawca korzysta z atrakcyjnych rabatów czy upustów cenowych na zakupy i serwis. Powyższe skutkuje możliwością zaoferowania przez Wykonawcę konkurencyjnych cen za wykonanie zamówienia, na potwierdzenie posiadanych u dostawców środków czystości, sprzętów oraz serwisantów upustów wykonawca przedstawił oświadczenia tych podmiotów.

3) Potencjał ludzki — Wykonawca wyjaśnił, że zatrudnia doświadczonych pracowników stanowiących obsadę w zakresie wykonania usługi stanowiącej przedmiot zamówienia, co niweluje koszty związane ze szkoleniem stanowiskowym. Koordynator usług oraz pozostali pracownicy, w związku z realizacją usługi stanowiącej przedmiot zamówienia już od kilku lat, także obecnie, posiadają doświadczenie w realizacji tej usługi. Mają oni wypracowane optymalne procedury postępowania, dzięki którym możliwe jest ograniczenie zbędnych kosztów przy wykonywaniu zamówienia. Spółka posiada spory potencjał kadrowy.

Na potwierdzenie uwzględnienia wymagań Zamawiającego Wykonawca przedstawił kalkulację kosztów, w tym kosztów pracy (przepisy prawa pracy i o zabezpieczeniu społecznym obowiązującym w miejscu realizacji przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem płacy minimalnej) dla poszczególnych zadań. Nie są więc prawdziwe zarzuty Odwołującego że Wykonawca złożył nierzetelne, ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia, a przede wszystkim nie przedstawił dowodów uzasadniających podniesione przez siebie twierdzenia w zakresie ceny i jej istotnych części składowych, a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera

rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca wykazał, że w zaproponowanej przez niego cenie oferty zostało uwzględnione wykonanie wszystkich czynności wyszczególnionych w siwz, a także został uwzględniony zysk Wykonawcy.

Nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut odwołującego, Ze skoro w formularzu oferty, wykonawca wskazał w punkcie 10 . „ Zamówienie zamierzamy powierzyć podwykonawcom" - dalej, „firma podwykonawcy - NA TYM ETAPIE NIE ZNANY" to nie może uwzględniać ofert otrzymanych od potencjalnych podwykonawców w kalkulacji ceny. Wykonawca wskazał, że powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy ma wpływ na kalkulację przedstawionej przez Wykonawcę ceny dla zadania nr 1, zadania nr 3 oraz zadania nr 4, Wykonawca otrzymał kilka ofert od ewentualnych podwykonawców, które przedłożył Zamawiającemu. Oferty potencjalnych podwykonawców zostały przedstawione Zamawiającemu, nie są to więc jak twierdzi Odwołujący oferty jakie zostały rzekomo przedstawione Wykonawcy i nie mogły mieć żadnego wpływu na wysokość zaoferowanej w ofercie ceny na realizację zamówienia, gdyż niedopuszczalnym jest wyjaśnianie ceny ofertowej, dowodami , których sam wykonawca nie uwzględniał na dzień składania ofert - co wyraźnie w formularzu ofertowym zaznaczył — takie twierdzenie jest nieuprawnione, gdyż Wykonawca na etapie składania oferty nie miał obowiązku wskazać konkretnego podwykonawcy, co nie oznacza, że nie posiada ofert współpracy od potencjalnych podwykonawców i że na podstawie zaoferowanych mu warunków współpracy nie może kalkulować własnej oferty, tym bardziej, że oferty potencjalnych podwykonawców przedstawił Zamawiającemu. Wobec powyższego Zamawiający stoi na stanowisku, że Wykonawca S&A Service Sp. z o.o. z Wrocławia dokonując kalkulacji przedmiotu zamówienia wziął pod uwagę wszelkie niezbędne koszty mogące mieć wpływ na zaoferowaną cenę i rzetelną realizację zamówienia. Wyjaśnienia wraz ze złożonymi dowodami są w ocenie Zamawiającego wystarczające i nie budzą wątpliwości. Dodatkowo podkreślić należy, że Wykonawca S&A Service Sp. z o.o. z Wrocławia realizuje od 2018 roku usługi utrzymania czystości i porządku na rzecz Gminy Wrocław, które zostały udzielone w oparciu o taki sam opis przedmiotu zamówienia (zakres czynności do wykonania, częstotliwość, obszar). Wszystkie dotychczasowe umowy z tym Wykonawcą były realizowane należycie, w sposób profesjonalny, terminowy i z najwyższą starannością.

Odnosząc się do zarzutu nie zachowania przez Zamawiającego jawności postępowania opartego na niedostatecznej w ocenie Odwołującego analizie dowodów przedłożonych przez Wykonawcę do postępowania w celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający wskazuje, że zgodnie z brzmieniem 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 lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w świetle którego przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Wykonawca wyjaśnił, że zastrzeżone przez niego informacje takie jak rabaty u dostawców, czy oferty współpracy, są danymi objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa. Są to warunki wynegocjowane indywidualnie, mające charakter technologiczny i organizacyjny firmy i nie podawane do publicznej wiadomości oraz wobec, których podjęto działania związane z zachowaniem ich w poufności. Wykonawca wskazał, że konkurencja posiadając te dane jest w stanie dostosować oferowane przez siebie ceny tak, aby wykluczyć Wykonawcę z rynku usług porządkowych. Wykonawca podjął też działania mające na celu zachowanie w poufności zastrzeżonych danych tzn. stosuje specjalny obieg dokumentów - dokumenty finansowe pomiędzy dostawcami a Wykonawcą przekazywane są bezpośrednio, natomiast dostawy kierowane są na miejsca przeznaczenia co stanowi dodatkowe zabezpieczenie, aby dostępu do danych objętych tajemnicą przedsiębiorstwa nie miały osoby nieupoważnione. Ponadto Wykonawca wskazał, że stosuje wewnętrzne oświadczenia o zachowaniu tajemnicy przedsiębiorstwa - pracownicy Wykonawcy podpisują dokument o ochronie informacji o technologii, stosowanym sprzęcie i środkach oraz dostawcach i firmach współpracujących, w którym zobowiązują się do zachowania w tajemnicy służbowej tych danych. Przepis art. 8 ust. 3 ustawy PZP nakłada na zamawiającego obowiązek utajnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę jako poufne, jeżeli wykonawca wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca zastrzegający tajemnicę przedsiębiorstwa musi wykazać, że podjął czynności w celu utrzymania poufności informacji. Przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie precyzują zakresu lub rodzaju środków, do których przedsięwzięcia zobligowany jest przedsiębiorca, dlatego więc Zamawiający musiał uznać, że Wykonawca podjął czynności w celu utrzymania poufności informacji skoro zobowiązał swoich pracowników do zachowania tych informacji w tajemnicy i podpisania stosowanych oświadczeń, oraz stosuje specjalną procedurę obiegu dokumentów finansowych mającą na celu zachowanie w poufności informacji o podmiotach współpracujących z Wykonawcą i warunkach tej współpracy.

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

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca S&A Service sp. z o.o. z Wrocławia (pismo z dnia 18 lutego 2020 r.) wnosząc o oddalenie odwołania. Przystąpienie okazało się nie skuteczne, albowiem wykonawca nie udowodnił, że przekazał kopię zgłoszonego przystąpienia Odwołującemu, co jest wymagane ustawą Pzp. Zgodnie z jej art. 185 ust. 2 zdanie drugie: „Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie". Wbrew twierdzeniom nie wykazał tej okoliczności, a taki zarzut braku doręczenia kopii zgłoszenia podniósł Odwołujący.

Rozpoznając wniosek Zamawiającego odnośnie odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt.2 w związku z art. 179 ust.1 Pzp Izba stwierdziła, że wniosek jest niezasadny.

W tym przypadku zamawiający w zakresie tego wniosku stwierdził, że odwołanie podlega odrzuceniu na wskazanej podstawie prawnej jako złożone przez podmiot nieuprawniony, albowiem Konsorcjum podlegałoby wykluczeniu z przedmiotowego postępowania gdyby Zamawiający zgodnie z wnioskiem odwołania dokonał ponownej oceny ofert. W niniejszej sprawie oferta wnoszącego odwołanie wykonawcy nie została dotychczas odrzucona, także ten wykonawca nie został dotychczas wykluczony z postępowania. Zatem odwołanie wbrew twierdzeniom zamawiającego zostało wniesione przez podmiot uprawniony i wnoszący odwołanie wykonawca miał legitymację procesową wymaganą art. 179 ust.1 ustawy Pzp do wniesienia tego odwołania, w szczególności skutkiem zaskarżonych czynności, w tym wyborem oferty konkurencyjnego wykonawcy może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy, o ile potwierdziłyby się podnoszone w odwołaniu zarzuty. Izba podkreśla, że ten wykonawca - kwestionujący czynność wyboru oferty najkorzystniejszej - do czasu uczestnictwa w postępowaniu będzie miał potencjalnie możliwość uzyskania zamówienia.

Rozpoznając odwołanie, Izba w zakresie podniesionych w odwołaniu zarzutów ustaliła co następuje:

Zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczą zadania 1 i 4 dla których za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy S&A Service sp. z o.o. z Wrocławia (wykonawca S&A) z ceną: dla zadania 1 - 203.304,55 zł, a dla zadania 4 - 285.196,46 zł. Zamawiający w wezwaniu o wyjaśnienie tych cen podał, że działając (.) na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1 ustawy Pzp prosi o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie:

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

2) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

3) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

4) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Wysokość ceny w ofercie w zadaniu nr 1, 3 i 4 może wskazywać, że nie uwzględnili Państwo w niej wszystkich obowiązków niezbędnych dla zrealizowania przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ oraz w projekcie umowy. Zdaniem Zamawiającego, przedstawione poniżej różnice cen mogą wskazywać również na zamiar realizacji zamówienia poniżej faktycznych kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. W związku z tym koniecznym jest przedstawienie czynników cenotwórczych".

Odnośnie spornych zadań 1 i 4 wskazał:

„ZADANIE NR 1

Wartość Państwa oferty wynosi 203.304,55 zł brutto.

Średnia wartość arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert dla zadania nr 1 wynosi

296.532,33 zł brutto.

W związku z powyższym zaoferowana wartość oferty jest niższa o ponad 30% od średniej wartości arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert".

(■■■)

ZADANIE NR 4

Wartość Państwa oferty wynosi 285.196,46 zł brutto.

Szacunkowa wartość zamówienia dla zadania nr 4 wynosi 480.933,63 zł brutto.

W związku z powyższym zaoferowana wartość oferty jest niższa o ponad 30% od powyższej wartości zamówienia".

Zamawiający zwraca się o złożenie szczegółowych wyjaśnień dla każdego z ww. zadania, w tym złożenie dowodów, w szczególności w zakresie, o którym mowa powyżej, dotyczących powodów zaproponowania takiej niskiej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia. Zamawiający informuje, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy.

Stosując art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wyjaśnienia dla każdego z ww. zadania wraz z dowodami należy złożyć (...)

W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca S&A podał w szczególności, że podane ceny uwzględniają wszystkie zobowiązania i obejmują wszystkie koszy związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia. Są cenami w pełni rynkowymi i odpowiadają warunkom stawianym przez Zamawiającego, a ponadto stanowią bilans sprzyjających i dostępnych dla Wykonawcy warunków cenotwórczych wykonania niniejszego zamówienia. Wyjaśniając ceny ofert na poszczególne zadania i dowodząc, że nie stanowią one rażąco niskiej ceny, podał, że w kalkulacji uwzględnił poniższe elementy wskazujące na oszczędność metody wykonania zmówienia, takie jak:

1) „Doświadczenie - jako firma posiadamy kilkunastoletnie doświadczenie w przedmiotowym zakresie_na terenie miasta Wrocławia, potwierdzone zadowoleniem naszych klientów (DOWÓD NR 1). Ponadto od kilku lat świadczyliśmy należycie usługi na rzecz Wrocławskich Mieszkań Sp. z o.o. w przedmiotowym zakresie, co poświadczali Państwo referencjami. Mając powyższe na uwadze znany jest nam więc charakter usługi, wymogi z nią związane (oczywiście przy uwzględnieniu obecnych zapisów w SIWZ) oraz rzeczywiste koszty. Mając na uwadze powyższe zaproponowane ceny w zadaniach nr 1, 3 oraz 4 są wynikiem rzetelnej kalkulacji, z uwzględnieniem wymagań Zamawiającego oraz kosztów Wykonawcy.

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

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

możliwością zaoferowania przez wykonawcę konkurencyjnych cen za wykonanie zamówienia. (DOWÓD NR 2 - TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA)

Potencjał ludzki - Zatrudniamy doświadczonych pracowników stanowiących obsadę w zakresie wykonania przedmiotowej usługi, co niweluje koszty związane ze szkoleniem stanowiskowym. Koordynator usług z ramienia naszej firmy, oraz pozostali pracownicy, w związku z realizacją przedmiotowej usługi obecnie, posiadają doświadczenie w kierowaniu i realizacji tej usług. Mają oni wypracowane optymalne procedury postępowania, dzięki którym możliwe jest ograniczenie zbędnych kosztów przy wykonywaniu zamówienia. Spółka posiada spory potencjał kadrowy.

3) Na potwierdzenie uwzględnienia wymagań Zamawiającego przedstawiamy kalkulację kosztów, w tym kosztów pracy (przepisy prawa pracy i o zabezpieczeniu społecznym obowiązującym w miejscu realizacji przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem płacy minimalnej) dla poszczególnych zadań (DOWÓD nr 4). Zwracamy uwagę również na to, że do zagospodarowania pozostanie jeszcze kwota z tytułu odliczeń VAT, która może zostać przeznaczona bądź na pokrycie wszelkich dodatkowych kosztów lub też powiększyć zysk Spółki dla zadania nr 1 wynosi ona 36.299,78zł, dla zad. nr 3 - 57.600,46 zł oraz dla zad. nr 4 - 49.894,78zł. Reasumując, w zaproponowanej przez nas cenie oferty zostało uwzględnione wykonanie wszystkich czynności wyszczególnionych w siwz, a także został uwzględniony zysk firmy.

4) Wykonawca nie korzysta z przepisów prawa ochrony środowiska.

5) Powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy - na kalkulację przedstawionej przez nas ceny dla zadania nr 1, zadania nr 3 oraz zadania nr 4 wpływ ma w również uwzględnienie ewentualnej współpracy z podwykonawcą. W załączeniu przedstawiamy oferty współpracy w zakresie realizacji usługi pn. „Świadczenie usług utrzymania stałej czystości i porządku budynków stanowiących własność Gminy Wrocław oraz stałej czystości i porządku miejsc zbierania odpadów stałych z nieruchomości Gminy Wrocław" złożone naszej firmie (DOWÓD NR 3- TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA).

Zebrane oferty od podmiotów potencjalnie zainteresowanych zawarciem stosownej umowy i wykonaniem zadania dla S&A Service Sp. z o.o. sporządzone zostały po dogłębnej analizie SIWZ oraz oględzin miejsca realizacji usługi oraz uwzględnieniem koniecznego przy prowadzeniu działalności gospodarczej zysku". Reasumując stwierdził, że (.) w połączeniu z wieloletnim doświadczeniem w koordynowaniu przedmiotowego zakresu prac przez S&A Service Sp. z o.o. daje silne podstawy do przyjęcia, że oferowana cena nie ma charakteru rażąco niskiej. (.). Wykonawca przedstawił w załączeniu do wyjaśnień powołane w ich treści dowody, również dowody objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Podał, że wskazane dowody z adnotacją „tajemnica przedsiębiorstwa" w pełni wypełniają przesłanki określone w postanowieniach przepisu art. art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wskazał, że zgodnie z tym przepisem (.) określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w przypadku jeżeli spełnia łącznie trzy poniższe warunki: ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00)." Dalej podał, że

wskazane przez wykonawcę (...) informacje wypełniają ww. przesłanki uzasadniając tym samym objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Na dowód powyższego wyjaśniamy, iż zastrzeżone przez nas informacje takie jak rabaty u dostawców, czy oferty współpracy, są danymi wrażliwymi, objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa. Są to warunki wynegocjowane indywidualnie, mające charakter technologiczny i organizacyjny firmy i nie podawane do publicznej wiadomości oraz wobec, których podjęto działania związane z zachowaniem ich w poufności. Konkurencja posiadając te dane jest w stanie dostosować oferowane przez siebie ceny tak, aby wykluczyć Wykonawcę z rynku usług porządkowych. Dokumenty finansowe pomiędzy dostawcami a Wykonawcą przekazywane są bezpośrednio, natomiast dostawy kierowane są na miejsca przeznaczenia co stanowi dodatkowe zabezpieczenie do danych wrażliwych, objętych tajemnicą przedsiębiorstwa przez osoby nieupoważnione. Ponadto wskazujemy, iż stosujemy wewnętrzne oświadczenia o zachowaniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Nasi pracownicy podpisują dokument o ochronie informacji o technologii, stosowanym sprzęcie i środkach oraz dostawcach i firmach współpracujących." Wykonawca wzór takiego oświadczenia także załączył do wyjaśnień .

Izba zważyła, co następuje:

Kluczowy zarzut podnoszony w odwołaniu dotyczy złożonych przez wykonawcę S&A Service sp. z o.o. wyjaśnień do ceny ofertowej w piśmie z dnia 24 stycznia 2020 r. w

odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 22 stycznia 2020 r. Odwołujący wskazując na naruszenie art.90 ust.3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp stwierdził, że oferta wykonawcy S&A Service sp. z o.o. z naruszeniem wskazanych przepisów nie została odrzucona, albowiem (...) Wykonawca złożył nierzetelne, ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia, a przede wszystkim nie przedstawił dowodów uzasadniających podniesione przez siebie twierdzenia w zakresie ceny i jej istotnych części składowych, a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, Wykonawca nie skalkulował pełnego zakresu przedmiotu zamówienia i nie jest on w stanie wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, w szczególności z uwagi na przyjęty do wyceny nieprawidłowy przelicznik ilości powierzchni do sprzątania w stosunku na ilość osób niezbędnych do realizacji zamówienia wg obowiązujących norm, konieczność zapewnienia pracownikom praw pracowniczych, uwzględnienia wynikających z SIWZ kosztów pracowniczych (.). Stwierdził, że wykonawca (..) nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu, a tym samym nie obalił domniemania, że cena oferty jest rażąco niska, co więcej opisany przez Wykonawcę sposób obliczenia ceny w wyjaśnieniach ceny wskazuje, iz Wykonawca wprowadził w błąd Zamawiającego, przedstawiając błędne rachunki i obliczenia, niepełną kalkulację kosztów, nie uwzględniając tym samym kalkulacji podstawowych czynności wymaganych i określonych w SIWZ i dokumentach postępowania".

Rozpoznając ten zarzut Izba uznała, że podnoszone naruszenia przepisów ustawy Pzp nie zostały przez Odwołującego wykazane. Wskazany przepis art. 90 ust.2 ustawy Pzp co prawda stanowi, że: "Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.", jednakże wskazany także art. 90 ust.3 tej ustawy nakazuje Zamawiającemu odrzucić (...) 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 wezwanie". W niniejszej sprawie wykonawca S&A adekwatnie do cytowanego wezwania przedstawił adekwatne wyjaśnienia, w których odniósł się do każdego z zagadnień i przedstawił dowody (o co wnosił Zamawiający), zastrzegając jako tajemnica przedsiębiorstwa te dokumenty, który odnosiły się do ofert (warunków współpracy) podwykonawców i dostawców. Dlatego też Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że wykonawca S&A w nawiązaniu do wezwania o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny dla zadania nr 1 oraz nr 4, w tych wyjaśnieniach wykazał, że w kalkulacji uwzględnił elementy wskazujące na oszczędność metody wykonania zmówienia takie jak: 1) doświadczenie [z uwagi na dotychczas realizowane (od 2018 roku) tożsame usługi w zakresie za zbliżoną cenę do zaoferowanej w niniejszym postępowaniu i znany wykonawcy charakter usługi i wymogi z nią związane, także od strony praktycznego wykonywania tego przedmiotu zamówienia (przy uwzględnieniu postanowień SIWZ) oraz rzeczywiste koszty; 2) sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne wykonawcy, oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych: część kosztów tj. zakup środków czystości, sprzętu czy naprawy serwisowe - duża ilość zamówień dokonanych przez wykonawcę, przekładają się na niższą niż rynkowa cenę u dostawców. Na bazie długoletniej współpracy z dostawcami zarówno sprzętu, jak i środków czystości wykonawca korzysta z atrakcyjnych rabatów czy upustów cenowych na zakupy i serwis. Powyższe skutkuje możliwością zaoferowania przez wykonawcę konkurencyjnych cen za wykonanie zamówienia. Na potwierdzenie posiadanych u dostawców środków czystości, sprzętów oraz serwisantów upustów wykonawca przedstawił oświadczenia tych podmiotów (tajemnica przedsiębiorstwa). 3) potencjał ludzki — wykonawca wyjaśnił, że zatrudnia odpowiedni potencjał kadrowy doświadczonych pracowników stanowiących obsadę w zakresie wykonania usługi stanowiącej przedmiot zamówienia, co niweluje koszty związane ze szkoleniem stanowiskowym. Koordynator usług oraz pozostali pracownicy, w związku z realizacją usługi stanowiącej przedmiot zamówienia już od kilku lat, także obecnie, posiadają doświadczenie w realizacji tej usługi. Mają oni wypracowane optymalne procedury postępowania, dzięki którym możliwe jest ograniczenie zbędnych kosztów przy wykonywaniu zamówienia. Na potwierdzenie uwzględnienia wymagań wykonawca przedstawił kalkulację kosztów, w tym kosztów pracy (przepisy prawa pracy i o zabezpieczeniu społecznym obowiązującym w miejscu realizacji przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem płacy minimalnej) dla poszczególnych zadań. Wskazał także na co prawda niewielki zysk, ale nie może to świadczyć o nierzetelności kalkulacji ceny. Należało zatem uznać, że zaproponowane ceny są wynikiem - tak jak deklarował wykonawca - rzetelnej kalkulacji, z uwzględnieniem wymagań Zamawiającego oraz kosztów wykonawcy. Natomiast Odwołujący kwestionując te wyjaśnienia i podnosząc ich nierzetelność, ogólnikowość i lakoniczność, przede wszystkim, nie wykazał, że oferta wykonawcy S&A zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał, że w tej cenie nie zostało uwzględnione wykonanie wszystkich czynności wyszczególnionych w specyfikacji. Odnośnie powołanych w odwołaniu norm ISSA "B. W. Izba stwierdza, że takie normy w tym postępowaniu, ich zastosowanie w procedurze badania ofert nie były wskazane. W okolicznościach faktycznych tej sprawy Izba zgodziła się z wnioskami Zamawiającego, że wykonawca S&A dokonując kalkulacji

przedmiotu zamówienia wziął pod uwagę niezbędne koszty mogące mieć wpływ na zaoferowaną cenę i rzetelną realizację zamówienia oraz, że wyjaśnienia wraz ze złożonymi dowodami nie budzą wątpliwości, szczególnie że wykonawca S&A Service realizuje od 2018 roku usługi utrzymania czystości i porządku na rzecz Gminy Wrocław, które zostały udzielone w oparciu o taki sam opis przedmiotu zamówienia (zakres czynności do wykonania, częstotliwość, obszar) i wszystkie dotychczasowe umowy z tym wykonawcą (co podkreślał Zamawiający) były realizowane należycie, w sposób profesjonalny, terminowy i z najwyższą starannością. Powyższe odnosi się także do usuwania odpadów wielkogabarytowych, których wywozem w pierwszej kolejności zajmuje się spółka ECO SYSYTETM i których wywóz przez firmę sprzątającą może następować incydentalnie oraz, że takich zdarzeń nie było w zeszłym roku.

Odnośnie podwykonawstwa, Izba stwierdza, że wykonawca wskazał, że powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy ma wpływ na kalkulację przedstawionej przez wykonawcę ceny oraz, że dysponuje kilkoma ofertami od ewentualnych podwykonawców, które wraz z wyjaśnieniami przedłożył Zamawiającemu. Wykonawca na etapie składania oferty nie miał obowiązku wskazać konkretnego podwykonawcy, co nie oznacza, że nie dysponował uzgodnionymi warunkami współpracy z potencjalnymi podwykonawcami na podstawie których mógł kalkulować ceny. Powyższe potwierdził ich pisemnymi ofertami, które załączył do wyjaśnień (zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa). Zatem w tych okolicznościach także zarzut naruszenia art.90 ust.3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz art. 90 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oparty na twierdzeniu, że (.) złożenie oferty przez wykonawcę S&A Service Sp. z o.o. z Wrocławia stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, albowiem wykonawca na dzień składania ofert wskazywał jasno w formularzu ofertowym, że na dzień składania ofert nie jest mu znany podwykonawca, któremu przekaże do realizacji część zamówienia, a w przedłożonym piśmie tytułowanym jako wyjaśnienia, wskazał, że zaproponowana w ofercie cena jest tak niska z uwagi na korzystny układ jaki Wykonawca zawarł z podwykonawcą w zakresie realizacji zamówienia (.) - nie zasługuje na uwzględnienie. Izba zwraca uwagę, że w składanych wyjaśnieniach wykonawca nie posługuje się pojęciem pejoratywnym „cena jest tak niska z uwagi na korzystny układ jaki Wykonawca zawarł z podwykonawcą w zakresie realizacji zamówienia", sugerowanym przez Odwołującego, ale biznesowymi takimi jak: „Zebrane oferty od podmiotów potencjalnie zainteresowanych zawarciem stosownej umowy i wykonaniem zadania dla S&A Service Sp. z o.o. sporządzone zostały po dogłębnej analizie SIWZ oraz oględzin miejsca realizacji usługi oraz z uwzględnieniem koniecznego przy prowadzeniu działalności gospodarczej zysku".

Wobec tych ustaleń i stwierdzonego braku podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy S&A w oparciu o wskazywane przepisy także nie podlega uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp, w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp. Ustalenia Izby nie potwierdziły bowiem zasadności zarzutu przeprowadzenia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przejawiające się w wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu i twierdzeń Odwołującego, że wykonawca S&A nie obalił domniemania prawnego, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę.

Odnosząc się do ostatniego zarzutu (nie zachowania przez Zamawiającego jawności postępowania opartego na niedostatecznej w ocenie Odwołującego analizie dowodów przedłożonych przez wykonawcę S&A w celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa) Izba także ten zarzut (naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy znk w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp) uznała za niezasadny. Zgodnie z podnoszonym w odwołaniu 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 lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa (jak wskazano w odwołaniu) definiuje art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w świetle którego przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Izba zgodziła się z Zamawiającym, że wykonawca wyjaśnił, że zastrzeżone przez wykonawcę informacje takie jak rabaty u dostawców, czy oferty współpracy, są danymi objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa. Są to warunki wynegocjowane (standardowo) indywidualnie, kwalifikowane (też standardowo) jako mające charakter technologiczny i organizacyjny firmy, które nie są podawane do publicznej wiadomości oraz wobec których podejmowane są

działania związane z zachowaniem ich w poufności. Konkurencja posiadając takie dane jest w stanie dostosować oferowane przez siebie ceny tak, aby sytuacja wykonawcy w przetargach na rynku usług porządkowych stała się mniej korzystna. Wykonawca (jak podał w piśmie) podjął działania mające na celu zachowanie w poufności zastrzeżonych danych stosując specjalny obieg dokumentów - dokumenty finansowe pomiędzy dostawcami, a wykonawcą przekazywane są bezpośrednio, natomiast dostawy kierowane są na miejsca przeznaczenia co stanowi dodatkowe zabezpieczenie, aby dostępu do danych objętych tajemnicą przedsiębiorstwa nie miały osoby nieupoważnione. Wykonawca wskazał także na stosowaną w jego firmie procedurę składania wewnętrznych oświadczeń o zachowaniu tajemnicy przedsiębiorstwa - według tej procedury pracownicy wykonawcy podpisują dokument o ochronie informacji o technologii, stosowanym sprzęcie i środkach oraz dostawcach i firmach współpracujących, w którym zobowiązują się do zachowania w tajemnicy służbowej tych danych. Przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek utajnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę jako poufne, jeżeli wykonawca wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca zastrzegający tajemnicę przedsiębiorstwa musi wykazać, że podjął czynności w celu utrzymania poufności informacji. Przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie precyzują zakresu lub rodzaju środków, do których przedsięwzięcia zobligowany jest przedsiębiorca, dlatego więc w tym stanie faktycznym Zamawiający nie miał podstaw kwestionować skuteczności czynności wskazywanych przez wykonawcę S&A w celu utrzymania poufności informacji, a mianowicie: odebrania oświadczeń o zachowaniu wskazanych informacji w tajemnicy oraz stosowania specjalnej procedury obiegu dokumentów finansowych mającą na celu zachowanie w poufności informacji o podmiotach współpracujących z wykonawcą i warunkach tej współpracy. Informacje o kontrahentach, dostawcach, stosowanych przez nich rabatach mogą stanowić tajemnicę organizacyjną przedsiębiorstwa i są informacjami posiadającymi wartość gospodarczą. Dodatkowo Izba stwierdza, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny, jeżeli dotyczy m.in. wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się natomiast całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Zatem brak jest podstaw do kwestionowania ustaleń Zamawiającego podnoszonych w zakresie tego zarzutu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy uwzględniając także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972). W tym przypadku nie uwzględniono wniosku zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz kwoty 3.600 tytułem wynagrodzenia pełnomocnika (uwzględnionej w spisie kosztów) z uwagi na nie przedłożenie rachunku, który jest wymagany zgodnie z § 3 pkt 2 powołanego rozporządzenia.