

WYROK

z dnia 28 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2021 r. przez wykonawcę Ever Cleaning Sp. z o.o., ul. Arkuszowa 39, 01-934 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Uniwersytet Medyczny w Lublinie, Al. Raclawicka 1, 20-059 Lublin

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Praxima

Krakpol Sp. z o.o., ul. Dworcowa 2, 32-540 Trzebinia (lider konsorcjum) i Impel Facility Services Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-11 Wrocław zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Ever Cleaning Sp. z o.o., ul. Arkuszowa 39, 01-934 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Ever Cleaning Sp. z o.o., ul. Arkuszowa 39, 01-934 Warszawa tytułem wpisu od

odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy Ever Cleaning Sp. z o.o., ul. Arkuszowa 39,

01-934 Warszawa na rzecz zamawiającego Uniwersytetu Medycznego w Lublinie, Al. Raclawicka 1, 20-059 Lublin kwotę 3 794 zł 77 gr (słownie: trzy tysiące siedemset dziewięćdziesiąt cztery złote siedemdziesiąt siedem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę oraz kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 3614/21

Uzasadnienie

Uniwersytet Medyczny w Lublinie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Usługę kompleksowego utrzymania czystości w budynkach Uniwersytetu Medycznego w Lublinie - zadanie nr 1”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 października 2021 r. pod nr 2021/S 191-496597.

W dniu 13 grudnia 2021 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Ever Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie na niezgodne z przepisami ustawy czynności i zaniechania Zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. na:

- 1) zaniechanie odtajnienia w całości wyjaśnień (wraz z załącznikami) w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę Praxima Krakpol Sp. z o.o. oraz Impel Facility Services Sp. z o.o., zwanych dalej „konsorcjum Praxima”, pomimo faktu, że informacje w nich zawarte nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa;
- 2) zaniechanie wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wykonawców: - Przedsiębiorstwo Usług Porządkowych MAAG, K. B., zwany dalej „wykonawcą MAAG) oraz - konsorcjum Ekotrade Sp. z o.o.; Ekotrade Serwis FM Sp. z o.o.; Silesia Ekotrade Sp. z o.o., zwane dalej „konsorcjum Ekotrade”, pomimo faktu, że ceny zaoferowane przez ww. oferentów budzą istotne wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia na wskazanych przez Zamawiającego warunkach;
- 3) a w konsekwencji - dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z pominięciem ww. kluczowych czynności, które mogły bezpośrednio wpłynąć na rozstrzygnięcie w przedmiotowym postępowaniu;

zarzucając Zamawiającemu zarzucam naruszenie:

- 1) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj.: Dz. U. z 2020 r., poz. 1913 ze zm.), zwaną dalej „ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”, w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez konsorcjum Praxima mimo, że informacje te nie przedstawiają wartości gospodarczej, są jednorazowe z uwagi na możliwość ich wykorzystania wyłącznie w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a ich ujawnienie nie może narazić wykonawcy na szkodę i jako takie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji, czego konsekwencją jest niemożność pełnego uzasadnienia zarzutu w zakresie rażąco niskiej ceny oraz czynu nieuczciwej konkurencji w ofercie konsorcjum Praxima;

- 2) art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców MAAG i

Ekotrade do wyjaśnień rażąco niskich cen zaprezentowanych w ich ofertach pomimo faktu, że ich wysokość budzi istotne wątpliwości w zakresie możliwości wykonania przedmiotu zamówienia na warunkach określonych w dokumentach zamówienia i odrębnych przepisach;

- 3) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez przedwczesny wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 3) odtajnienia w całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny konsorcjum Praxima

zastrzeżonych częściowo jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz załączników do wyjaśnień, w tym w szczególności kalkulacji ceny koszty składników wymaganych przez Zamawiającego do realizacji usług - m.in. kosztów środków do dezynfekcji, mydła, ręczników papierowych, sprzętu niezbędnego do realizacji itp. kosztów wynagrodzenia oraz pochodnych od wynagrodzenia w przeliczeniu na 1 etat oraz ilości etatów - z podaniem wymiaru czasu pracy - przewidzianych do realizacji zamówienia - za wyjątkiem ewentualnych danych osobowych pracowników, takich jak: imię i nazwisko, adres zamieszkania, PESEL oraz danych kontrahentów wykonawcy takich jak: nazwa prowadzonej działalności gospodarczej, adres, NIP;

4) wezwania wykonawcy MAAG do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;

5) wezwania konsorcjum Ekotrade do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

6) rozstrzygnięcie o kosztach postępowania, w tym kosztach zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Odnosnie zarzutu zaniechania odtajnienia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny

oferty konsorcjum Praxima Odwołujący podniósł, że utajnione elementy wyjaśnień nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, odnosząc się do poszczególnych utajnionych elementów zawartych w złożonych wyjaśnieniach.

Utajnienie listy elementów cenotwórczych (wstępna część wyjaśnień) - odnosnie tego elementu Odwołujący wskazał na bezprawne utajnienie ogólnej listy okoliczności, które wpływają na cenę oferty konsorcjum Praxima (str. 1 wyjaśnień z dnia 23 listopada 2021 r.). Przedmiotowa lista elementów mających budować przewagę konkurencyjną konsorcjum Praxima stanowi niejako spis treści dla dalszej części wyjaśnień. Wyłącznie ogólne wymienienie ww. elementów nie ma żadnej wartości gospodarczej, ponieważ nie wskazuje szczegółów, które mogłyby być realnie wykorzystane przez jakiegokolwiek konkurenta. Utajnienie tego fragmentu uniemożliwia zrozumienie w pełni pozostałej części wyjaśnień, gdyż konsorcjum Praxima wielokrotnie odwołuje się do punktów, które zostały bezzasadnie utajnione.

Koszty pracownicze (pkt 1 wyjaśnień) - odnosnie tego elementu Odwołujący wskazał na wyjątkowo niską liczbę etatów przewidzianych dla personelu realizującego zadanie nr 1 (49,75 etatu - druga strona wyjaśnień). Zamawiający w Opisie przedmiotu zamówienia wskazał dla każdej z lokalizacji liczbę osób, godzin oraz dni w których realizowana ma być usługa serwisu dziennego i serwisu zasadniczego. Zamawiający wymagał (pytanie 8) aby osoby wykonujące zadania serwisu dziennego były stale obecne w godzinach oraz ilościach wskazanych w Opisie przedmiotu zamówienia dla każdego budynku. Zgodnie z tym założeniem Zamawiający wymaga aby wykonawca przez cały rok pracy serwisu dziennego skierował odpowiednią liczbę osób, która łącznie przepracuje 91 206,90 godzin w skali roku, co przekłada się na następujące wartości średniomiesięczne: 7600 roboczogodzin średniomiesięcznie oraz 45,24 etatów średniomiesięcznie przy założeniu, że 1 etat równy jest 168 roboczogodzinom pracy. Konsorcjum Praxima w wyjaśnieniach z rażąco niskiej ceny wskazało, że „do realizacji zamówienia zamierza zatrudnić łącznie 49,75 etatów. Powyższe każe domniemywać, że Wykonawca mógł przy wycenie pominąć realizację istotnej części zamówienia tj. zadań realizowanych w ramach serwisu zasadniczego. Zamawiający nakazał aby wykonawcy skierowali do tej czynności co najmniej 38 osób. Oznacza to, że Konsorcjum Praxima na realizację serwisu zasadniczego przeznaczy 4,51 etatu miesięcznie co przekłada się na 757,68 roboczogodzin miesięcznie. Oznacza to, że każda z 38 osób przepracuje przy realizacji zamówienia około 20 roboczogodzin miesięcznie, tj. około 1 roboczogodzinę dziennie. Taka forma zatrudnienia jest daleko odmienna od praktyki rynkowej oraz każe domniemywać, że cena zaoferowana przez konsorcjum Praxima nie uwzględnia wszystkich wymagań Zamawiającego.

Koszty materiałów i usług (pkt 2, 3 i 4 wyjaśnień) - odnosnie tego elementu Odwołujący wskazał, że koszty zakupu materiałów bez danych kontrahentów nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Samo ukazanie ogólnego kosztu materiałów nie ma żadnej wartości gospodarczej dla przedsiębiorcy. Taką stanowić by mógł np. sposób uzyskania korzystnych cen, ale nie sam efekt końcowy precyzujący ponoszone koszty, które są kluczowe dla analizy oferty pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny.

Pozostałe koszty (pkt 5 i 6 wyjaśnień) - odnosnie tego elementu Odwołujący wskazał, że z treści tych punktów wyjaśnień nie sposób wywieść jakichkolwiek konkretnych nie tylko na temat treści, ale i cech zastrzeżonych informacji. Konsorcjum Praxima nie odniosło w żaden sposób w tym wątku do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, nie wyjaśniło na czym polegać

ma wartość zastrzeżonych informacji (czykolwiek są), dlatego mają one charakter poufny. Tym samym, nie dochowano należytej staranności wymaganej przez art. 18 ust. 3 pzp, co skutkować powinno ujawnieniem zastrzeżonych danych.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał na brak wykazania przez konsorcjum Praxima, że informacje wskazane w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Uzasadnienie w tym zakresie jest wyjątkowo ogólne, lakoniczne, niekonkretne i z dużą dozą prawdopodobieństwa uniwersalne dla wielu wyjaśnień, których ww. wykonawca dokonuje w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. W zasadniczym stopniu jego treść stanowią tezy orzecznicze z wyroków KIO, co w żadnej mierze nie koresponduje z wymogiem konkretnego odniesienia się do każdej zastrzeganej informacji i wyjaśnienia jej charakteru w kontekście każdego elementu definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

W dniu 14 grudnia 2021 r. Zamawiający kopię otrzymanego odwołania przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu za pośrednictwem platformy zakupowej.

W dniu 16 grudnia 2021 r. (pismem z tej samej daty) konsorcjum Praxima zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 27 grudnia 2021 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy - konsorcjum Praxima zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron i Przystępującego wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Strony do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania uznając, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odwołania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez konsorcjum Praxima nie potwierdził się.

Izba ustaliła, co następuje:

Szacunkową wartość zamówienia Zamawiający ustalił dla zadania nr 1 na kwotę 2.714.825,16 zł, co stanowi równowartość 635.894,68 euro (protokół postępowania - DRUK ZP-PN, str. 2).

Zamawiający przed otwarciem ofert poinformował wykonawców, iż na sfinansowanie zadania nr 1 przeznaczył kwotę w wysokości 3.339.234,95 zł brutto (protokół postępowania - DRUK ZP-PN, str. 6).

W postępowaniu dla zadania nr 1 oferty złożyło 7 wykonawców: konsorcjum Praxima z ceną oferty 2.951.707,02 zł; wykonawca Clar System S.A. z ceną oferty 4.640.490,45 zł; Przedsiębiorstwo Usług Porządkowych MAAG, K. B. z ceną oferty 3.496.942,09 zł; Konsorcjum DGP z ceną oferty 2.843.342,87 zł; Konsorcjum Ekotrade z ceną oferty 3.727.819,07 zł; Odwołujący z ceną oferty 3.952.533,89 zł; Konsorcjum Izan 4.404.272,28 zł.

Odwołujący, pismem z dnia 27 października 2021 r., poinformował Zamawiającego, iż z analizy ofert złożonych przez konsorcjum Proxima oraz konsorcjum DGP wynika, że oferty te budzą wątpliwości, co do zaoferowanych w formularzu cenowym wartości za realizację przedmiotu zamówienia i w ofercie tych wykonawców można dopatrzeć się zaoferowania rażąco niskiej ceny. Wobec powyższego wniósł o wnikliwe zbadanie oferty tych wykonawców z tytułu rażąco niskiej ceny poprzez zastosowanie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, dodając że w przypadku braku podjęcia działań przez Zamawiającego, wykorzysta dostępne środki ochrony prawnej.

Pismem z dnia 16 listopada 2021 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się do konsorcjum Praxima o udzielenie pisemnych wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny i jej istotnych części składowych, podnosząc że, dokonując badania oferty konsorcjum Praxima stwierdził, że zaoferowana całkowita cena oferty w zakresie zadania nr 1 (tj. 2.951.707,02 zł brutto), wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, tym samym budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ.

W dniu 23 listopada 2021 r. konsorcjum Praxima złożyło - jak wskazało - szczegółowe kalkulacje i dowody potwierdzające, że zaoferowana cena jest realną ceną rynkową, umożliwiającą prawidłową realizację zamówienia. Jednocześnie zastrzegło, że złożone wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie określonym w treści pisma.

Oferta konsorcjum Praxima została wybrana jako najkorzystniejsza.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Jedną z podstawowych zasad przewidzianych w ustawie prawo zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, której ograniczenie może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. Takim ustawowym ograniczeniem jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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. Tak więc, aby dana informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą być łącznie spełnione powyżej wskazane przesłanki.

W przypadku zastrzeżenia określonych informacji to wykonawca zobowiązany jest do wykazania Zamawiającemu, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Natomiast rolą Zamawiającego w toku badania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązкови sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią faktycznie tajemnicę przedsiębiorstwa.

W niniejszym stanie faktycznym konsorcjum Praxima w treści jawnych wyjaśnień zawarło uzasadnienie zastrzeżenia określonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Uzasadnienie to zawiera zarówno wskazanie, jak i uzasadnienie wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie jest ani lakoniczne, ani też ogólnikowe. Zastrzeżenie to odnosi się bowiem do całości zastrzeżonych informacji i załączonych do nich dokumentów.

Zastrzeżone informacje zawierają metodologię kształtowania ceny oferty tego typu usługi. Wszystkie pojedyncze informacje zastrzeżone w treści wyjaśnień (ich zbiór), ale i złożone wraz z wyjaśnieniami dowody (dokumenty potwierdzające prawidłowość dokonanych kalkulacji) tworzą całość kalkulacji ceny ofertowej. Tego typu informacje, jak

podkreślało w złożonych wyjaśnieniach konsorcjum Praxima, stanowią wartość gospodarczą i organizacyjną wykonawcy, gdyż wskazują na rodzaj zastosowanej metodologii. Ich ujawnienie pozwoliłoby na poznanie metodologii zastosowanej do ustalenia ceny tej usługi, jak również sposobu kalkulowania ceny ofert składanych przez tego wykonawcę także w innych postępowaniach. Zastrzeżone informacje to bowiem nie tylko dane handlowe na temat elementów ceny i sposobu jej budowania, ale także dane podmiotów współpracujących z konsorcjum Praxima, w tym uzyskiwanych rabatów. Metodologia ta oparta jest na odpowiednim doborze dostępnych wykonawcy własnych środków realizacji zamówienia i siatki współpracujących kooperantów, oferujących temu konkretnemu wykonawcy korzystne warunki świadczenia usługi. To ta właśnie proporcja, jak dalej podkreślało konsorcjum Praxima, ma decydujące znaczenie dla jego pozycji rynkowej i może zostać odczytana w warstwie ekonomicznej i rachunkowej na skutek udostępnienia jej podmiotom profesjonalnie działającym na rynku. Konsorcjum Praxima przedstawiło argumenty i wyjaśnienia wskazujące na zasadność zastrzeżenia tych informacji ze wskazaniem ich konkretnej wartości gospodarczej oraz szkody mającej powstać na skutek ich ujawnienia. Wykonawca wykazał, że elementy składowe kalkulacji ceny stanowią informacje mające wartość gospodarczą i są oparte o indywidualne uwarunkowania niedostępne dla innych podmiotów działających w branży. Przykładowo uzyskane rabaty, na które powołało się konsorcjum Praxima, nie są informacjami powszechnie dostępnymi dla podmiotów działających w tej branży. Dostawca, udzielając temu wykonawcy określonego rabatu, uznał bowiem te informacje - informacje o udzielonych rabatach za poufne, co wynika wprost z zawartych z nim umów (załączonych do złożonych wyjaśnień). Podkreślić przy tym należy, że udzielone rabaty dotyczyły jedynie kilku elementów (kosztów zakupów niektórych tylko materiałów) składających się na cenę oferty, wobec czego tylko te elementy ceny, zresztą słusznie, zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Ujawnienie tych danych, na co wskazało konsorcjum Praxima, zagraża jego interesom, gdyż uzyskanie tych informacji dałoby możliwość ich wykorzystania przez konkurujących wykonawców.

Konsorcjum Praxima poza wskazaniem środków jakie zastosowało do

zagwarantowania określonym informacjom charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawiło także dowody na potwierdzenie działań jakie zostały przez niego podjęte w celu zachowania ich poufności. Informacje te i dokumenty, a w szczególności ich kompilacja, nie są dostępne dozwoloną i zwykłą drogą, a dostęp do nich mają jedynie podmioty, których te informacje dotyczą. Informacje te nie są bowiem udostępniane w jakichkolwiek dostępnych publicznie materiałach, a system informatyczny, w którym są przechowywane, został zabezpieczony, zaś fakt ochrony został zakomunikowany osobom biorącym udział w sporządzaniu oferty i kalkulacji. Konsorcjum Praxima podjęło także szereg wyspecyfikowanych w wyjaśnieniach działań systemowych, w tym polegających m.in. na: zawieraniu z pracownikami i osobami współpracującymi umów o zakazie konkurencji i zachowaniu poufności, ograniczeniu liczby osób mających dostęp do danych technicznych i technologicznych, wprowadzeniu systemu monitorowania pracy komputerów, zabezpieczeniu nośników informacji utajnionych, wdrożeniu wewnętrznych regulacji określających zasady bezpieczeństwa informacji, zaniechaniu publikacji danych dotyczących nowych produktów w pismach branżowych ewentualnie ograniczeniu ich treści, zawieraniu umów o zachowaniu poufności z kontrahentami, które obejmują również jego pracowników i osoby z nim współpracujące, opracowano także stosowne polityki bezpieczeństwa informacji. Na potwierdzenie tych argumentów wykonawca (konsorcjum Praxima) załączył do wyjaśnień dokumenty potwierdzające poufność tych informacji, jak i wskazujące na podjęte działania organizacyjne, prawne i teleinformatyczne mające na celu zachowanie ich poufności.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał na wyjątkowo niską - w jego ocenie - liczbę etatów przewidzianych dla personelu realizującego zadanie nr 1 (49,75 etatu), uzasadniając swe stanowisko stwierdzeniem, że taka forma zatrudnienia jaką przewiduje konsorcjum Praxima jest odmienna od praktyki rynkowej. Domniemywał bowiem, że wykonawca mógł przy wycenie realizacji pominąć realizację istotnej części zamówienia, tj. zadań realizowanych w ramach serwisu zasadniczego. Niemniej jednak, jak wskazał Zamawiający, podana przez konsorcjum Praxima liczba etatów przekracza liczbę personelu przewidzianą do obsługi serwisu dziennego przez Zamawiającego. Zamawiający nie wymagał bowiem aby osoby, których liczbę wskazał dla konkretnego budynku pracowały na nim na pełen etat. W jego ocenie 46 etatów w zupełności wystarczy do realizacji tego zamówienia. Odwołujący nie wykazał przy tym, że zaoferowana przez konsorcjum Praxima cena a co za tym idzie ilość podanych przez tego wykonawcę etatów nie jest wystarczająca do realizacji tego zamówienia.

W kontekście powyższego Izba za nieuzasadniony uznała zarzut zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w części wyjaśnień oraz załączonych do wyjaśnień dowodów złożonych w dniu 16 listopada 2021 r. przez konsorcjum Praxima składanych w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców MAAG i Ekotrade do wyjaśnień rażąco niskich cen zaprezentowanych w ich ofertach nie potwierdził się.

Izba ustaliła, co następuje:

Szacunkową wartość zamówienia dla zadania nr 1 Zamawiający ustalił na kwotę 2.714.825,16 zł, co stanowi równowartość 635.894,68 euro (protokół postępowania - DRUK ZP-PN, str. 2).

Zamawiający przed otwarciem ofert poinformował wykonawców, iż na sfinansowanie zadania nr 1 przeznaczył kwotę w wysokości 3.339.234,95 zł brutto (protokół postępowania - DRUK ZP-PN, str. 6).

W postępowaniu dla zadania nr 1 oferty złożyło 7 wykonawców: konsorcjum Praxima z ceną oferty 2.951.707,02 zł; wykonawca Clar System S.A. z ceną oferty 4.640.490,45 zł; Przedsiębiorstwo Usług Porządkowych MAAG, K. B. z ceną oferty 3.496.942,09 zł; Konsorcjum DGP z ceną oferty 2.843.342,87 zł; Konsorcjum Ekotrade z ceną oferty 3.727.819,07 zł; Odwołujący z ceną oferty 3.952.533,89 zł; Konsorcjum Izan 4.404.272,28 zł.

Odwołujący we wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu, iż zaniechał wezwania wykonawcy MAAG oraz konsorcjum Ekotrade do złożenia wyjaśnień rażąco niskich cen ich ofert, uzasadniając ten zarzut wartością obecnie realizowanej przez Odwołującego usługi (3.053.492,34 zł) i zakresem usługi, która ma być realizowana w wyniku prowadzonego obecnie postępowania przetargowego.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 224 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Przepis ten nakłada na Zamawiającego obowiązek żądania w określonych okolicznościach wyjaśnień dotyczących ceny oferty, tj. w sytuacji gdy zaoferowana cena wydaje się niewiarygodna, budzi wątpliwości i odbiega od cen rynkowych.

Natomiast w sytuacji, gdy wystąpi co najmniej jedna z okoliczności wskazanych w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, Zamawiający w każdym przypadku będzie miał obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień.

Art. 224 ust. 2 ustawy Pzp stanowi bowiem, że w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia,
- 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

W niniejszym stanie faktycznym nie wystąpiła żadna z okoliczności, o których mowa w art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Tymczasem zwrócenie się przez Zamawiającego do wykonawcy o wyjaśnienia powinno mieć miejsce wyłącznie wtedy, gdy cena zarówno wydaje się rażąco niska, jak i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia. Samo podejrzenie rażącego zaniżenia nie uprawnia do badania jej realności. Dopiero zaniżenie w połączeniu z obawą braku możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę daje prawo do badania ceny. Bezpodstawne żądanie wyjaśnień stanowi naruszenie przepisów prawa. W tym przypadku brak jest jakichkolwiek podstaw do żądania wyjaśnień ceny ofert wskazanych wykonawców. Ceny zaoferowane przez wskazanych wykonawców (wykonawcy MAAG i konsorcjum Ekotrade) nie tylko, że przekraczają szacunkową wartość zamówienia dla tego konkretnego zadania, ale i kwotę jaką Zamawiający przeznaczył na jego sfinansowanie. Nie można więc uznać, że są one zaniżone i w konsekwencji żądać złożenia takich wyjaśnień jakich oczekuje Odwołujący. Reasumując wobec braku zaistnienia

przesłanek ustawowych do wzywania wskazanych wyżej wykonawców do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez przedwczesny wybór oferty najkorzystniejszej nie potwierdził się.

Niewątpliwym jest, że zarzut ten stanowi konsekwencję wcześniej postawionych zarzutów i wobec uznania, że zarzuty odwołania (zarzut nr 1 i nr 2) nie potwierdziły się to i ten zarzut nie potwierdził się.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. a), b) i d) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący:.....