Sygn. akt: KIO 1485/23

WYROK

z dnia 12 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel - Kowalczyk

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 7 czerwca 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 maja 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **„IZAN +" sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Naprzód Hospital sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi**w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Mazowieckie Specjalistyczne Centrum Zdrowia im. Prof. Jana Mazurkiewicza w Pruszkowie z siedzibą w Pruszkowie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Ever Medical Care sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Ever Cleaning sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu wycofanego, opisanego w pkt II.1 petitum odwołania,
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr II.3 petitum odwołania i nakazuje zamawiającemu Mazowieckie Specjalistyczne Centrum Zdrowia im. Prof. Jana Mazurkiewicza w Pruszkowie z siedzibą w Pruszkowie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ever Medical Care sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Ever Cleaning sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych
3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
4. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Mazowieckie Specjalistyczne Centrum Zdrowia im. Prof. Jana Mazurkiewicza w Pruszkowie z siedzibą w Pruszkowie i:

4.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

4.2. zasądza od zamawiającego Mazowieckie Specjalistyczne Centrum Zdrowia im. Prof. Jana Mazurkiewicza w Pruszkowie z siedzibą w Pruszkowie na rzecz odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „IZAN +" sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Naprzód Hospital sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……..……..……..……..……..……..

Sygn. akt KIO 1485/23

Uzasadnienie

Zamawiający Mazowieckie Specjalistyczne Centrum Zdrowia im. Prof. Jana Mazurkiewicza w Pruszkowie z siedzibą w Pruszkowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego tj. "Wykonywanie czynności porządkowych i pomocniczych, będących w związku z usługami medycznymi, w oddziałach szpitalnych oraz pomieszczeniach medycznych i administracyjnych MSCZ w Pruszkowie", numer referencyjny: ZP/AM/4/2023. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 marca 2023roku pod numerem 2023/S 045-130291. Postępowanie jest prowadzone na podstawie ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 roku (dalej ustawa Pzp lub Pzp).

W dniu 26 maja 2023 r. odwołanie wniósł odwołujący wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia „IZAN +" sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Naprzód Hospital sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 7 pkt 20 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Ever Medical

Care sp. z o.o. - lider konsorcjum oraz Ever Cleaning sp. z o.o. - uczestnik konsorcjum jako niezgodnej z warunkami zamówienia - Wykonawcy złożyli Certyfikat Systemu Zarządzania Jakością EN ISO:9001 niezgodny z przedmiotem zamówienia;

2.art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 7 pkt 20 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Ever Medical Care sp. z o.o. - lider konsorcjum oraz Ever Cleaning sp. z o.o. - uczestnik konsorcjum jako niezgodnej z warunkami zamówienia - zaoferowanie systemu znakującego niezgodnego z wymaganiami Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej OPZ);

3.art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp w poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Ever Medical Care sp. z o.o. - lider konsorcjum oraz Ever Cleaning sp. z o.o. jakozawierającą rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia podczas gdy:

a.istniały przesłanki do stwierdzenia, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę,

b.złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają w sposób wystarczający podanej w ofercie ceny lub kosztu,

c.wykonawca ten nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

4.art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 117 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Ever Medical Care sp. z o.o. - lider konsorcjum oraz Ever Cleaning sp. z o.o. - uczestnik konsorcjum na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp do poprawienia lub uzupełnienia oświadczenia określonego w art. 117 ust. 4 tj. oświadczenia, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy pomimo tego, że z ww. oświadczenia nie wynika, która spółka będzie realizowała zamówienie i w jakim zakresie;

5.art. 18 ust. 2 i 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 2 z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 poz. 1233 dalej jako u.z.n.k) poprzez zaniechania odtajnienia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny ofertowej złożonych przez wybranego wykonawcę pomimo tego, że:

a.wybrany wykonawca nie wykazał (nie udowodnił), że dokumenty te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;

b.tajemnicą przedsiębiorstwa nie mogą być objęte całe dokumenty a tylko niektóre informacje;

c.uzasadnienie zastrzeżenia ma charakter ogólnikowy, lakoniczny i nie potwierdza wystąpienia okoliczności, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu o nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2.odrzucenie oferty wykonawców Ever Medical Care sp. z o.o.- lider konsorcjum oraz Ever Cleaning sp. z o.o. - uczestnik konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp (zarzut nr 1 i 2)

3.odrzucenie oferty wykonawców Ever Medical Care sp. z o.o.- lider konsorcjum oraz Ever Cleaning sp. z o.o. - uczestnik konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp (zarzut nr 3);

4.dokonanie ponownie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu,

5. dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej

ewentualnie w przypadku uznania powyższego za bezzasadne:

w zakresie zarzutu nr 4:

1. wezwanie wykonawców Ever Medical Care sp. z o.o. - lider konsorcjum oraz Ever Cleaning sp. z o.o. na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp do poprawienia lub uzupełnienia oświadczenia określonego w art. 117 ust. 4 tj. oświadczenia, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy pomimo tego, że z w.w. oświadczenia nie wynika, która spółka będzie realizowała zamówienie i w jakim zakresie;

w zakresie zarzutu nr 5:

1. odtajnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień Wykonawców wraz załącznikami Ever Medical Care sp. z o.o. oraz Ever Cleaning sp. z o.o. dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawców;

Ponadto Odwołujący wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów:

1.wydruk z rejestru podmiotów wykonujących działalność leczniczą dot. Ever Cleaning sp. z o.o. w celu wykazania następujących faktów: Wykonawcy złożyli Certyfikat Systemu Zarządzania Jakością EN ISO:9001 niezgodny z przedmiotem zamówienia,

2.Ulotka systemu Czysty Szpital Mediseptw celu wykazania następujących faktów: niezgodności systemu zaproponowanego przez Wykonawców z wymogami Zamawiającego opisanymi w SWZ.

3.Wydruki informacji podanej prze Federację Przedsiębiorców Polskich

W uzasadnieniu odwołania, odnośnie zarzutów podtrzymanych, Odwołujący wskazał:

Uzasadnienie zarzutu nr 2

Zgodnie z załącznikiem nr 2 do SWZ (opis przedmiotu zamówienia) pkt 30:"Zamawiający wymaga bieżącej kontroli poziomu higieny szpitalnej przez Wykonawcę przy wykorzystaniu systemu znakującego żelem fluorescencyjnym (żel w małych tubkach 2 ml ze względów epidemiologicznych), szczególnie w oddziale psychogeriatrii oraz w innych

obszarach wskazanych przez Zespół Kontroli Zakażeń Szpitalnych. Kontrole muszą być potwierdzone okresowymi raportami, monitorującymi [poziom higieny szpitalnej.]"

Z wyjaśnień złożonych przez Wykonawców Ever Medical Care sp. z o.o. - lider konsorcjum oraz Ever Cleaning sp. z o.o. w dniu 2.05.2023 roku (Wykonawca wskazał jako dowód aplikację czysty szpital) wynika, iż Wykonawcy do realizacji zamówienia zaoferowali system/ aplikację Czysty Szpital firmy Medisept sp. z o.o., System ten jest niezgodny z warunkami zamówienia - wymogami Zamawiającego opisanymi w SWZ. Do tej aplikacji przeznaczonesą znaczniki fluorescencyjne o poj. 50 ml.

Mały aplikator 2 ml (wymagany w SWZ) używany jest w odrąbie jednego pomieszczenia - wystarcza na oznakowanie 15-20 rzeczy w 1 pomieszczeniu. Dla Zamawiającegokluczowe znaczenie ma to, aby ze względów epidemiologicznych Wykonawcy realizowali kontrolę za pomocą małych żeli.

Zaoferowany przez Wykonawcę Ever Medical Care sp. z o.o. - lider konsorcjum oraz Ever Cleaning system wykorzystuje znaczniki fluorescencyjne o poj. 50 ml, które są niezgodne z wymaganiami SWZ.

W myśl art. 226 ust. 5 Pzp oferta Wykonawców winna ulec odrzuceniu z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w sposób opisany powyżej.

Uzasadnienie zarzutu nr 3

Odwołujący zaznacza, że ww. zarzut sformułował na podstawie udostępnionej mu części jawnej wyjaśnień wybranego wykonawcy oraz - w zakresie dotyczącym części tajnej ww. wyjaśnień - własnej wiedzy co do kosztów realizacji zamówienia znajdujących uzasadnienie i wynikających z dokumentacji postępowania.

Wobec powyższego Odwołujący wyjaśnia, że z uwagi na okoliczność, że część tajna wyjaśnień wybranego wykonawcy może, ale nie musi zawierać informacje i oświadczenia dodatkowe, szersze lub inne niż wynika z części jawnej ww. wyjaśnień oraz inne niż założone przez Odwołującego koszty wykonania zamówienia i sposób ich finansowania,

Zamawiający w dniu 21.04.2023 roku wezwał wybranego wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Ustawy.

Zamawiający zobowiązał wybranego wykonawcę do udzielenia odpowiedzi na poniższe pytania:

- -wskazanie 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 (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie, przy czym koszty te winny uwzględniać cały okres świadczenia usługi z uwzględnieniem założeń dotyczących kosztów świadczenia usługi od dnia 01.01.2024 r., a także winny potwierdzać zgodność przyjętych założeń z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie (koszty pracownicze, koszty ewentualnych zastępstw na czas urlopów/zwolnień chorobowych),
- -koszty materiałów i środków niezbędnych do realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ (Załącznik nr 2 - Opis Przedmiotu Zamówienia).

Ponadto Zamawiający wezwał wybranego wykonawcę do przedstawienia dowodów.

Zamawiający zaznaczył, że dowody muszą obejmować wszystkie koszty wykonania zamówienia. Wykonawca zastrzegł całość wyjaśnień.

Następnie Zamawiający w dniu 08.05.2023 roku wezwał wybranego wykonawcę do złożenia dalszych wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Ustawy.

W związku z udzielonymi wyjaśnieniami z dnia 02.05.2023 r., na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), Zamawiający - Mazowieckie Specjalistyczne Centrum Zdrowia im. prof. Jana Mazurkiewicza w Pruszkowie, wzywa do udzielenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny.

Z wyjaśnień wynika, że przy kalkulacji w zakresie kosztów pracowniczych, Wykonawca przyjął stawkę obowiązującego od dnia 1 lipca 2023 r. minimalnego wynagrodzenia, tj. 3.600,00 zł brutto (vide pkt 1 str. 4 wyjaśnień). Zamawiający wskazuje, że zgodnie z SWZ usługa będzie wykonywana przez okres 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy, co oznacza, że będzie świadczona również po 1 stycznia 2024 r. Wykonawca miał uwzględnić powyższą okoliczność przy kalkulowaniu ceny ofertowej, z uwzględnieniem, że umowa nie podlega zmianie w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia. W złożonych wyjaśnieniach brak jest informacji w tym zakresie, tj. kalkulacji wynagrodzenia pracowniczego w okresie od 1 stycznia 2024 r. Wobec powyższego, Zamawiający wzywa do udzielenia wyjaśnień w tym zakresie.

Wybrany wykonawca w części jawnej odpowiedzi na ww. wezwanie złożył wyjaśnienia, w których - w zakresie ww. pytań - oświadczył, że:

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 08.05.2023 r. dotyczące udzielenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, Wykonawca wskazuje na następujące okoliczności. Przyjęta do kalkulacji stawka wynika z przepisów prawa powszechnie obowiązującego i jest właściwa dla realizacji umowy nawet w przypadku początku jej realizacji od dnia 01.07.2023 r. Oznacza to, że w przypadku wcześniejszego zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego i rozpoczęcia jej realizacji, Wykonawca oferuje stawkę wyższą niż minimalne wynagrodzenie za pracę.

Drugą okolicznością jest fakt, iż nie da się, ani na moment złożenia oferty, ani nawet na dzień złożenia niniejszych wyjaśnień przewidzieć, jaką wartość będzie miało wynagrodzenie minimalne za pracę od 01.01.2024 r. Rząd dopiero w drugiej połowie roku 2023 podejmie wstępne działania zmierzające do ustalenia, jaka to będzie wartość. Akt prawny w tym zakresie przewidywany jest na wrzesień 2023 r. W związku z tym, wstawienie jakiejkolwiek wartości minimalnego wynagrodzenia od 01.01.2024 r. obarczone byłoby błędem lub przedstawieniem nieprawdziwych informacji. Po trzecie, w treści umowy w sprawie zamówienia publicznego znajdują się postanowienia dotyczące możliwości dokonania waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy – postanowienia § 8 wzoru umowy. Jak wskazuje się natomiast w orzecznictwie KIO, „jak słusznie jednakże zwrócił uwagę zamawiający, w art. 439 ust. 1 ustawy Pzp mowa jest o cenie materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Chodzi zatem o różne koszty związane z realizacją zamówienia, a nie tylko jeden koszt, w tym wypadku – koszt wynagrodzeń. Niewątpliwie koszt wynagrodzeń jest istotnym kosztem wpływającym na realizację usług z branży IT, niemniej jednak nie jest to jedyny koszt, jaki muszą ponieść wykonawcy. Przykładowo zamawiający podał także koszty licencji czy oprogramowania firm trzecich (Oracle, LIDS, REDaHat), które wykonawca Comarch w swoim odwołaniu (wycofany zarzut III.iv.) wycenił na kilka milionów złotych. Inne koszty poza wynagrodzeniem personelu też są zatem związane z realizacją zamówienia, co uzasadnia zastosowanie do zmiany wynagrodzenia wykonawcy wskaźnika inflacji i nie narusza art. 439 ust. 1 ustawy Pzp" (wyrok KIO z dnia 4 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 3579/21; KIO 3587/21; KIO 3589/21). Powyższe oznacza, że zmiana kosztów wynagrodzenia osób realizujących przedmiot zamówienia mieści się w przesłankach dotyczących waloryzacji umów w sprawie zamówienia publicznego, na podstawie art. 439 PZP, a postanowienia dotyczące waloryzacji zostały przez Zamawiającego przewidziane we wzorze umowy. Na uwagę zasługuje również fakt, iż przedstawiona kalkulacja pozostaje również w zgodzie z odpowiedzią jakiej udzielił Zamawiający w korespondencji z dnia 28.03.2023 r. na pytanie nr 8: "Wykonawca ma skalkulować w ofercie zmiany wynagrodzenia planowane od dnia 1 lipca 2023 roku." Na chwilę obecną planowana jest tylko jedna zmiana wysokości minimalnego wynagrodzenia i wartość tejże podwyżki Wykonawca przyjął w przedstawionej kalkulacji jako potwierdzoną i jedyną zaplanowaną zmianę wynagrodzenia. Powyższe oznacza, że cena oferty została skalkulowana w sposób prawidłowy i obejmuje realizację całości przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Zamawiający zaakceptował wyjaśnienia ww. wykonawcy i wybrał oferty wykonawcy Konsorcjum Everjako najkorzystniejsze.

Wobec udostępnionej Odwołującemu części jawnej wyjaśnień wybranego wykonawcy, Odwołujący podnosi, że ww. czynność wyboru jest niezgodna z Ustawą i skutkuje wyborem oferty, która powinna zostać odrzucona.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podaje jak poniżej a tytułem wstępu podkreśla, że przedmiotem odwołania jest przede wszystkim ocena zachowania Zamawiającego. W ocenie Odwołującego Zamawiającydokonał nieprawidłowej oceny wyjaśnień złożonych przez wybranego wykonawcę i błędnie uznał, że wykonawca ten wywiązał się ze spoczywającego na nim ciężaru dowodu prawidłowości ceny oferty. Odwołujący podnosi, że Zamawiający na podstawie ww. wyjaśnień i przedstawionych przez wybranego wykonawcę dowodów nie był uprawniony uznać, że cena zaoferowana przez wybranego wykonawcę nie jest rażąco niska; nie została skalkulowana poniżej kosztów i jest ceną rynkową.

W zakresie dotyczącym wyjaśnień złożonych przez wybranego wykonawcę Odwołujący podnosi, że Wybrany Wykonawca:

1. Przyjął, że zatrudni osoby do realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę oraz zatrudni osoby niepełnosprawne i będzie korzystał z pomocy publicznej tj. ulgi z tytułu opłaty PFRON
2. Nie wkalkulował wzrostu wynagrodzenia od dnia 01.01.2024 roku, nie skalkulował żadnego ryzyka wzrostu wynagrodzeń,
3. Błędnie przyjął założenie, że Zamawiający zwaloryzuje wynagrodzenie Wykonawcy w oparciu o zapisy umowy. Zapisy umowy nie przewidują waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu wzrostu minimalnego wynagrodzenia.
4. Złożonymi wyjaśnieniami zmienił treść oferty,
5. Przedstawił dowody, które nie wyjaśniają, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Adnotacja do punktu 1 :

Odwołujący wskazuje, że koszt wykonania zamówienia, nie może być wytłumaczony przez wybranego wykonawcę zadeklarowaniem, iż będzie otrzymywał dofinansowanie do wynagrodzenia pracowników niepełnosprawnych. Żadna ze

spółek, które utworzyło konsorcjum nie ma statusu zakładu pracy chronionej. Ponadto w załączniku nr 8 do SWZ złożonymi jako oświadczenie na podstawie art. 117 ust.4 ustawy Pzp do oferty, Ever Medical Care sp. z o.o. oraz Ever Cleaning sp. z o.o. zadeklarowało, że to właśnie te spółki zapewnią kadrę wykwalifikowanych pracowników sprzątających. Fakt ten powinien wzbudzić wątpliwości Zamawiającego rzetelności składanych przez konsorcjum EVER wyjaśnień oraz ich zgodności z oświadczeniami złożonymi w ofercie.

1) Przedstawienie przez konsorcjum EVER decyzji o przyznaniu statusu Zakładu Pracy Chronionej (ZPCh),spółek, (Ever Serwis, Everteam, Proscan,)

<u>które nie złożyły oferty</u>, nie potwierdza, że konsorcjum EVERmoże obniżyć koszty zatrudnienia osób, które będą realizowały przedmiot niniejszego zamówienia. Wybrany Wykonawca, nie przedstawił żadnych dowodów uzasadniających możliwość obniżenia kosztów zatrudnienia pracowników.

Dowód ten jest więc obojętny dla sprawy i nie stanowi wykonania obowiązku, o którym mowa w art. 224 ust. 5 Ustawy.

Na marginesie należy wspomnieć, że gdyby nawet spółki, które złożyły ofertę posiadały status zakładu pracy chronionej to zgodnie z opinią prawną UZP pn. „Badanie rażąco niskiej ceny oferty po nowelizacji”- „wykonawca może uzasadniając niskie koszty pracy pomocą publiczną, która została mu przyznana, a nie zamiarem ubiegania się o taką pomoc. Jedynie w takim przypadku możliwe jest bowiem definitywne ustalenie udziału wykonawcy w ponoszeniu kosztów wynagrodzenia pracowników, względem których przyznawane jest dofinansowanie, a informacja ta jest niezbędna dla zamawiającego w procesie oceny czy cena lub koszt są rażąco niskie”.

Kolejny fakt, wynikający z SWZ to wymóg Zamawiającego postawiony w punkcie 15 załącznika 2 do SWZ " Pracownicy Wykonawcy muszą być sprawni fizycznie". Skoro pracownicy wykonawcy mają być sprawni fizycznie, to możliwość wykonania zamówienia za pomocą wszystkich pracowników niepełnosprawnych powinno budzić wątpliwości Zamawiającego. W SWZ przewidzianoprzykładowo: czynności pomocy przy pacjencie, czy mycie okien, które wymagają sprawności fizycznej pracowników, wykonujących te czynności.

Zadeklarowanie w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny otrzymywania dofinansowania jest w żaden sposób nie możliwe, w związku z wyżej wymienionymi faktami wynikającymi wprost z treści oferty konsorcjum. Powyższe oznacza, że pomoc publiczna nie zostanie przyznana wybranemu wykonawcy do realizacji niniejszego zamówienia

<u>Adnotacja do punktu 2</u>

Zamawiający w zakresie udzielenia dodatkowych wyjaśnień w związku z zaoferowaną ceną, wskazał, że Konsorcjum EVER w punkcie 1 str. 4 wyjaśnień, że przyjął do kalkulacji stawkę wynagrodzenia równą 3600,00 zł.

Zgodnie z obliczeniami Federacji Przedsiębiorców Polskich, wymagany ustawowo gwarantowany poziom płacy minimalnej w przyszłym roku wyniesie 4250,00 zł, zaś minimalna stawka godzinowa – 27,80 zł. W związku z tym, iż na skutek przedmiotowego postępowania ma zostać zawarta umowa na 12 m-cy i nie zawierało klauzul waloryzacyjnych, Wykonawcy zobligowani byli do skalkulowania w cenie oferty wzrostu wynagrodzeń w roku 2024.

Odwołujący podkreśla, że wybrany wykonawca nie przedstawił dowodów, które potwierdzałaby, że zaoferowana przez niego cena jest realna a nadto, że uwzględnia ryzyko niedokonania przez Zamawiającego waloryzacji wynagrodzenia z powodu wzrostu płacy minimalnej w 2024 r. Dowody przedstawione przez wybranego ww. wykonawcy w ogóle nie dotyczą ww. okoliczności tj. wkalkulowania kosztów wzrostu płac z powodu zmiany płacy minimalnej w 2024 r. w cenę ofertową.

<u>Adnotacja do punktu 3</u>

Zamawiający nie przewidział klauzul waloryzacyjnych w umowie. Klauzule na które powołuje się Wykonawca EVER dotyczą waloryzacji wynagrodzenia jedynie z tytułu GUS. Zamawiający nie może zwaloryzować wynagrodzenia z tytułu wzrostu wynagrodzenia minimalnego w umowie, której okres trwania jest równy 12 miesięcy, taka decyzja Zamawiającego równoznaczna by była z naruszeniem ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

<u>Adnotacja do punktu 4</u>

Wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, winien wskazać wszystkie okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny. Wyjaśnienia winny być jasne, konkretne i spójne ze złożoną ofertą tymczasem wybrany Wykonawca wyjaśnieniami zmienił treść oferty, gdyż w złożonym do oferty załączniku nr 8 do SWZzłożonym jako oświadczenie na podstawie art. 117 ust.4 ustawy PZP, Ever Medical Care sp. z o.o. oraz Ever Cleaning spz o.o. zadeklarowało, <u>że to właśnie te spółki zapewnią kadrę wykwalifikowanych pracowników sprzątających. Natomiast w przedłożonych wyjaśnieniach wskazuje, że pracownicy zatrudnieni są w spółkach grupy Ever, które oferty w niniejszym postępowaniu nie złożyły.</u> Fakt ten powinien wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do spójności, składanych przez konsorcjum EVER w ofercie i wyjaśnieniach, zobowiązań i oświadczeń.

<u>Adnotacja do punktu 5</u>

Wykonawca przedstawił dowody typu:

2)Decyzja ZPChr- Ever Serwis,
3)Decyzja ZPChr- Everteam,
4)Decyzja ZPChr- Proscan,
5)Zestawienie osób niepełnosprawnych zatrudnionych w spółkach kapitałowych EVER GRUPY,

Żaden z w/w dokumentów nie dotyczy Wykonawcy. Ofertę złożyło konsorcjum: Ever Medical Care sp. z o.o. oraz Ever Cleaning sp. z o.o. Dowody dołączone do wyjaśnień decyzji ZPChr innych, podmiotów, nie będących wykonawcą, nie stanowi żadnego dowodu na to, że w przedmiotowym postepowaniu wybrany wykonawca mógł przyjąć do obliczenia ceny oferty niższe niż minimalne koszty wykonania zamówienia.

Odwołujący wskazuje, że wybrany wykonawca nie podołał obowiązkowi wynikającemu z art. 224 ust. 5 Ustaw i nie wykazał (nie udowodnił), że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołujący podkreśla, że zgodnie zaś z treścią art. 224 ust. 5 Ustawy na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu.

Odwołujący zaznacza również, że Zamawiający, dokonując oceny złożonych wyjaśnień, ma obowiązek zweryfikowania, czy są one realne, poparte wiarygodnymi dowodami, tj. czy w sposób skuteczny wykonawca obalił ciążące na nim domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny. Jak stanowi bowiem art. 224 ust. 6 Ustawy, nie tylko brak złożenia wyjaśnień, ale również złożenie wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty.

Odwołujący podnosi, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez wybranego wykonawcę uznając, że wykonawca ten wykazał, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający zgodnie z Ustawą powinien był co najmniej z należytą starannością zbadać wyjaśnienia wykonawcy, ocenić na ile przedstawione przez wykonawcę uzasadnienie potwierdza rynkowy charakter oferty oraz czy podane informacje znajdują uzasadnienie w przedstawionych dowodach. Zamawiający ww. zachowania zaniechał.

Odwołujący podkreśla, że jedynie rzetelne badanie takich wyjaśnień - a nie poprzestanie na akceptacji ogólnikowych argumentów jest gwarantem zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu przetargowym - stanowi realizację zasad, o których mowa w art. 16 i 17 Ustawy. Wypełniając dyspozycję przepisu art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy wykonawca zobowiązany jest do złożenia wyjaśnień, które w sposób niebudzący wątpliwości pozwalają na ustalenie czy oferta zawiera rażąco niską ceną. Obowiązek złożenia wyjaśnień cechujących ww. przymiotami, dotyczy zwłaszcza przypadków, w których - tak jak w tym niniejszym postępowaniu - wezwanie nie stanowi prostego powtórzenia brzmienia art. 224 ust. 3 Ustawy, ale zawiera wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących oznaczonego i sprecyzowanego zagadnienia. Odwołujący podkreśla, że złożenie jakichkolwiek wyjaśnień nie czyni zadość wymogom art. 224 ust. 1 lub 2 oraz 5 Ustawy

Wobec powyższego, Zamawiający niezgodnie z Ustawą uznał, że wyjaśnienia wybranego wykonawcy usuwają wobec zaoferowanej przez niego ceny domniemanie, o którym mowa w art. 224 ust. 1 pzp.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący podnosi, że wyjaśnienia wybranego Wykonawcy nie wykazują, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Wybrany Wykonawca nie wykazał przyczyn uzasadniających realność obniżenia ceny w zakresie ceny za zamówienie, w tym w szczególności nie wykazał zgodności z prawem przyjętych przez siebie kosztów wynagrodzeń pracowniczych obowiązujących w 2024 r. a tym samym nie wykazał również, że zaoferowana przez niego cena całkowita jest rzeczywista i obejmuje wszelkie koszty wykonania zamówienia oraz wymagane podatki.

Odwołujący wskazuje również, na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej tj.:

1) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z 13 października 2014r. (sygnatura akt: KIO 2031/14): Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny swojej oferty zobowiązany jest do złożenia wyjaśnień szczegółowych, odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że cena złożonej przez niego oferty nie jest rażąco niska. Izba uznała, że odwołujący nie sprostał powinności nałożonej przez przepisy ustawy, zatem jego oferta podlega odrzuceniu. Zgodnie bowiem z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa złożenie 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 p.z.p..
2)wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 marca 2016 r. (sygnatura akt: KIO 312/16): wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny powinien mieć na uwadze ich doniosły charakter. Jeśli sporządzone zostały w sposób zbyt ogólny i nie uzasadniają wysokości zaoferowanej ceny, to oferta wykonawcy musi zostać odrzucona. W szczególności wykazane powinny zostać

Wyjaśnienia i wyliczenia wybranego wykonawcy są ogólnikowe, niepoparte dowodami, nie uwzględniają oczywistych ryzyk związanych z udziałem w postępowaniu przetargowym i realizacją zamówienia w niepewnych warunkach gospodarczych. Odwołujący zwraca również uwagę, że cena wybranego wykonawcy nie uwzględnia kosztów, które mogą się pojawiać w skutek okoliczności niezawinionych przez strony, niestanowiących jednocześnie siły wyższej.

Już chociażby z wyżej wymienionych powodów Odwołujący podnosi, że wybrany wykonawca nie podołał ciążącemu na

nim obowiązkowi, o którym mowa w art. 224 ust. 5 Ustawy a złożona przez niego oferta powinna być zostać odrzucona
Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że:

I. W postępowaniu zostały złożone poniżej wskazane oferty:

Numer	Nazwa (firma) i adres wykonawcy	Cena
1.	Konsorcjum firm: Ever Medical Care sp. z o.o. ul. Arkuszowa 39, 01-934 Warszawa, Ever Cleaning sp. z o.o. ul. Arkuszowa 39, 01934 Warszawa	4 909 640,60 zł brutto
2.	Konsorcjum firm: Izan + Sp. z o.o. ul. Żabiniec 46 31-215 Kraków, Naprzód Hospital Sp. z o.o.	5 507 454,88 zł brutto
3.	Partner Medica sp. z o.o. ul. Najświętszej Maryi Panny 5e, 59-220 Legnica, DGP Partner sp. z o.o. Ul. Żytnia 15/23 01-014 Warszawa.	6 506 328,00 zł brutto
Kwota jaka zamierza przeznaczyć Zamawiający		6 121 240,02 zł brutto

II. Przedmiotowa oferta była składana dnia 07.04.2023 roku, przewidywana kwota wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024r. (Dz.U. z 15 września 2022 r. poz. 1952), zgodnie z obliczeniami Federacji Przedsiębiorców Polskich, wymagany ustawowo gwarantowany poziom płacy minimalnej w przyszłym roku wyniesie 4250,00 zł, zaś minimalna stawka godzinowa – 27,80 zł. W związku z tym, iż przedmiotowe postępowanie zakładało zawarcie umowy na 12 m-cy i nie zawierało klauzul waloryzacyjnych, Wykonawcy zobligowani byli do skalkulowania w cenie oferty wzrostu wynagrodzeń w roku 2024. Odwołujący do sporządzenia kalkulacji przyjął, że osoby realizujące zamówienie będą zatrudniania wg stawek minimalnych w kolejnych czasookresach obowiązywania umowy, tj.:

2 m-ce: 3 490,00 zł (V/VI.2023)

6 m-cy: 3 600,00 zł (VII/VIII/IX/X/XI/XII.2023)

3m-ce: 3 4250,00 zł (I/II/III/IV/2024)

III.

A.

W załączniku 2.1 do SWZ wykaz roboczogodzin w poszczególnych komórkach organizacyjnych Zamawiającego, ryczałtową liczbę godzin do wypracownia w ciągu miesiąca równą 12 595 co do których konieczne jest zatrudnienie na podstawie umów o pracę, minimum 75 etatów (12595/168= 74,97) nie licząc zastępstw chorobowych ani urlopowych. Odwołujący zaznacza również, że koszty realizacji zamówienia oprócz minimalnego wynagrodzenia za pracę, powinny uwzględniać również rezerwy na choroby pracowników oraz urlopy.

W świetle powyższych wymogów, oraz w związku z faktem, iż Wykonawca zadeklarował zatrudnienie na podstawie umowy o pracę, bezsporne jest, aby wykonawca przewidział w swojej kalkulacji co najmniej:

1)zatrudnienie na podstawie umowy o pracę na pełny etat co najmniej 75 osób + kierownika

2)skalkulował wynagrodzenie osób, o których mowa w pkt 1, jako nie niższe niż średnia równowartość minimalnego wynagrodzenia za pracę, w wysokości obowiązującej w okresie V.2023-IV 2024, tj. 3 798,33 zł brutto płacone pracownikom oraz pozostałe koszty, takie jak:

a.ZUS pracodawcy
b.koszty urlopowe i chorobowe
c.Fundusz Socjalny (ZFŚS)
d.ekwiwalent BHP
e.medycyna pracy
f.obsługa kadrowo - płacowa
g.dodatki za pracę w porze nocnej

w wyniku, których koszt jednego etatu określa się na poziomie: 5 238,11 zł.

Ponadto;

Wynagrodzenie pracowników oraz związane z nim pochodne składają się na większą część kalkulowanej ceny ofertowej, nie są jednakże jedyne. Zamawiający w SWZ i załącznikach postawił inne wymagań, które musi spełnić Wykonawca, a tym samym doliczyć je do swojej oferty.

Odwołujący w szczegółowy sposób wskazuje pozostałe koszty na które będzie składała się usługa:

B. Zgodnie z załącznikiem nr 2 (opis przedmiotu zamówienia) pkt 30.,Zamawiający wymaga bieżącej kontroli poziomu

higieny szpitalnej przez Wykonawcę przy wykorzystaniu systemu znakującego żelem fluorescencyjnym (żel w małych tubkach 2 ml ze względów epidemiologicznych), szczególnie w oddziale psychogeriatrii oraz w innych obszarach wskazanych przez Zespół Kontroli Zakażeń Szpitalnych. Kontrole musza być potwierdzone okresowymi raportami, monitorującymi poziom higieny szpitalnej.
System kontroli poziomu higieny szpitalnej przy użyciu żeli w małych tubkach 2 ml - 7 tys. netto miesięcznie
C. załącznik nr 2 do SWZ pkt 10: " Zapewnienie preparatów myjących, czyszczących oraz sprzętu tj. worki na odpady komunalne, ścierki, szczotki, szufelki, wózki do sprzątania, mopy, stelaże, nakładki zapasy, mopy jednorazowego użycia itp. niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia stanowi koszt i obowiązek wykonawcy."
Uwzględniając powyższe kalkulacja przedstawia się następująco:

Rodzaj kosztu		Miesięczny koszt	Łączny koszt w trakcie trwania umowy
Wysokość wynagrodzenia brutto pracowników z kosztem pracodawcy (20%)	Uśrednione miesięczne wynagrodzenie brutto 3798,33 zł x 1,2 x75 etatów	341 849,70 zł	4 102 196,40 zł
Dodatek za godziny nocne z kosztem pracodawcy (20%)	Miesięczna liczba godzin w porze nocnej 2920,32 h x stawka za 1 godzinę brutto 4,52 zł + koszt pracodawcy 20%	15 839,82 zł	190 077,84 zł
Koszt zastępstw urlopowo- chorobowych	wysokość wynagrodzeń brutto x uśredniowy wskaźnik zastępstw 11,82%	40 406,63 zł	484 879,61 zł
Wysokość wynagrodzenia brutto koordynatora z kosztem pracodawcy (20%)	3798,33 zł x 1,2	4 558,00 zł	54 696,00 zł
Łączny koszt wynagrodzeń		402 654,15 zł	4 831 849,85 zł
Koszty materiałów niezbędnych do realizacji usługi (preparaty myjace, czyszczące, sprzęt tj. worki na odpady komunalne, ścierki , szczotki, szufelki, wózki do sprzatania, mopy stelaże, nakładki zapasy, mopy jednorazowego użycia, preparaty do dezynfekcji rąk dla swoich pracowników itp..)		31 000,00 zł	372 000,00 zł
Dodatkowe koszty pracowników (odzież robocza, szczepienia na WZW typu B, badania,środki ochrony osobistej , testy na wirusa SARS - CO-V-2, szkolenia)		83,34 zł	1 000,08 zł
Dojazd kierownika do innych obiektów objętych usługą CZPII w Grodzisku Mazowieckim - 20 km		120,00 zł	1 440,00 zł
Pranie nakładek (proszek do dezynfekcji, koszt mediów)		3 400,00 zł	40 800,00 zł
System kontroli poziomu higieny szpitalnej		7 000,00 zł	84 000,00 zł
Koszty wykonania usługi		444 257,49 zł	5 331 089,93 zł

Kalkulacja ta jest de facto sprawdzeniem ceny ofertowej wybranego wykonawcy polegającym na zestawieniu minimalnych kosztów wykonania zamówienia przy uwzględnieniu wymogów SWZ. I tak Biorąc pod uwagę powyższe wyliczenia w ocenie Odwołującego wartości zaoferowane przez wybranego wykonawcę są nierealistyczne, mające niewątpliwie znamię niedoszacowanej wyceny usługi. Takie skalkulowanie przedmiotu zamówienia uniemożliwia bezpieczne, prawidłowe i należyte wykonanie zadania zgodnie z zapisami i jasno określonymi minimalnymi wymogami Zamawiającego zawartymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia.
Ważnym jest by wskazać i same koszty miesięcznego wykonania umowy to kwota:

	Koszt wykonania umowy	Oferta Konsorcjum EVER	Marża Konsorcjum EVER zł	Marża Konsorcjum EVER %
okres trwania umowy	5 331 089,93 zł	4 385 139,48 zł	-945 950,45 zł	-21,57%
miesięcznie	444 257,49 zł	365 428,29 zł	-78 829,20 zł	

Jak widać wybrany wykonawca drastycznie zaniżył swoją cenę przedstawioną w ofercie, co ma przełożenie na fakt, iż nie są one w stanie pokryć minimalnych kosztów związanych z realizacją przedmiotu Zamówienia, nie wspominając już o wygenerowaniu jakichkolwiek zysków, gdyż przy tym poziomie cen jest to nierealne.
Deklaracja wybranego Wykonawcy w zakresie realizacji niniejszego zamówienia z a powyższą cenę grozi Zamawiającemu nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości.
Kalkulacja wynagrodzenia na takim poziomie stanowi bezspornie czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003r. nr 153, poz. 1503 z późń. zm.). Przepis ten stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Ponadto działaniem spełniającym przesłanki uznania danego działania przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Jeżeli działania podejmowane przez przedsiębiorcę nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków nieznajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej

konkurencji.
Odwołujący pozwala sobie również zaznaczyć, że zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą KIO przyjmuje się, że „ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku." (sygn. akt: KIO 560/12 z dnia 12 kwietnia 2012 r.). Ponadto, innym czynnikiem pozwalającym klasyfikować zaoferowaną przez ww. Wykonawców cenę jako rażąco niską jest „cena (...) która uniemożliwia realizację zamówienia. (sygn. akt: KIO 676/12 z dnia 20 kwietnia 2012 r.).
Kalkulacja wynagrodzenia oferty wybranego Wykonawcy na zaoferowanym poziomie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003r. nr 153, poz. 1503 z późń. zm.). Przepis ten stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Ponadto działaniem spełniającym przesłanki uznania danego działania przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Jeżeli działania podejmowane przez przedsiębiorcę nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków nieznajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.
Odwołujący podkreśla jednocześnie, że jako Wykonawca świadczący podobne usługi, posiada wiedzę pozwalającą jednoznacznie twierdzić, że ryzyka związane z wykonywaniem przedmiotu zamówienia, wycenione zostały przez ww. Wykonawcę rażąco poniżej poziomu, który powinien być zakładany, jako realistyczny, a tym samym gwarantujący prawidłowe wykonanie umowy o zamówienie publiczne.
Mając na uwadze powyższe argumenty Odwołujący wnosi jak na wstępie.
Uzasadnienie zarzutu nr 4
W myśl art. 117 Pzp:
"1. Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.
2.Warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane.
3.W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.
4.W przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy."
W rozdziale XVII SWZ Zamawiający zastrzegł: "wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy."
Do oferty Wykonawcy załączyli oświadczenie, którego wzór stanowił załącznik nr 8 do SWZ.
Z wyżej wskazanego oświadczenia nie wynika, która spółka tak naprawdę będzie realizowała zamówienie i w jakim zakresie, gdyż oświadczenie zawiera wskazanie czynności, które się duplikują zarówno co do Ever Medical Care sp. z o.o. oraz Ever Cleaning sp. z o.o. W oświadczeniu obaj Wykonawcy w pkt h wskazali, że będą wykonywać: "działania wskazane w SWZ oraz załącznikach" .
Z oświadczenia tego nie wynika, który Wykonawca tak naprawdę będzie wykonywał czynności objęte warunkiem udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej określonym rozdziale XVI ust 4 - potwierdzanym podmiotowym środkiem dowodowym określonym w rozdziale XVII ust. 4.

Wobec tego Zamawiający winien wezwać Wykonawców do uzupełnienia tego oświadczenia na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp i wskazania poszczególnych części (czynności) zamówienia, które będzie wykonywał dany uczestnik konsorcjum.
Zgodnie z art. 128 ust 1 Pzp: "Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta

wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania."

Uzasadnienie zarzutu nr 5

Wybrany wykonawca zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnienia wraz z dowodami (załącznikami) potwierdzającymi, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Załączniki (dowody), które zastrzegł Wykonawca:

1.Dowód 1- Decyzja ZPChr- Ever Serwis ,

2.Dowód 2- Decyzja ZPChr- Everteam,

3.Dowód 3- Decyzja ZPChr- Proscan ,

4.Dowód 4- Decyzja ZPChr- Uniwersal Support ,

5.Dowód 5- Zestawienie osób niepełnosprawnych zatrudnionych w spółkach kapitałowych EVER GRUPY,

6.Dowód 6- Zanonimizowane umowy osób niepełnosprawnych ,

7.Dowód 7- Wykaz środków Mazowiecki Szpital Specjalistyczny w Ostrołęce ,

8.Dowód 8- Wykaz środków Narodowy Instytut Kardiologii w Aninie

9.Dowód 9- Aplikacja Czysty Szpital ,

10.Dowód 10- Wykaz Sprzętu z ogólnodostępnych platform zakupowych.

Zamawiający uznał ww. zastrzeżenia i nie odtajnił ww. informacji w toku badania ich skuteczności zastrzeżenia. Zamawiający nie udostępnił wyjaśnień oraz ww. dowodów Odwołującemu, mimo, że ten dwukrotnie wystąpił w dniach 16 maja i 18 maja 2023 roku o udostępnienie całej korespondencji Zamawiającego z wybranym wykonawcą, w tym w szczególności wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez tegoż wykonawcę .

Odwołujący podnosi, że Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odtajnienia wyjaśnień złożonych przez wybranego wykonawcę. Zamawiający powinien był odtajnić w/w, gdyż:

1)wybrany wykonawca nie wykazał (nie udowodnił), że dokumenty te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;

2)tajemnicą przedsiębiorstwa nie mogą być objęte całe dokumenty a tylko niektóre informacje;

3)uzasadnienie zastrzeżenia ma charakter ogólnikowy, lakoniczny i nie potwierdza wystąpienia okoliczności, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

Kalkulacja ceny ofertowej w tym konkretnym postępowaniu nie jest dokumentem ilustrującym autorski model wykonania usługi, w tym strategii cenowej, ale stanowi odzwierciedlenie wykonania usługi wymaganej i opisanej w dokumentacji postępowania, która sprowadza się do zapewnienia obsady osobowej zapewniającej wypracowanie 12 595 godzin w miesiącu oraz do zapewnienia konkretnych pozycji, wymienionych przez Zamawiającego w SWZ tj: załącznik nr 2 do SWZ pkt 10: "Zapewnienie preparatów myjących, czyszczących oraz sprzętu tj. worki na odpady komunalne, ścierki, szczotki, szufelki, wózki do sprzątania, mopy, stelaże, nakładki zapasowe, mopy jednorazowego użycia itp. niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia stanowi koszt i obowiązek wykonawcy."

System kontroli poziomu higieny szpitalnej przy użyciu żeli w małych tubkach 2 ml - 7 tys netto, szczepienia na WZW typu B, Badania, Testy na wirusa SARS - CO-V-2

Dojazd Kierownika do innych obiektów objętych usługą CZP II w Grodzisku Mazowieckim - 20 km środki ochrony osobistej

Preparaty do dezynfekcji rąk dla swoich pracowników

Uzasadnienie Dotyczy punktu 1 i 3 powyżej:

W zakresie obowiązku wykazania słuszności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący wskazuje, że wybrany wykonawca nie udowodnił, że zastrzeżone wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez wybranego wykonawcę jest gołosłowne i niepoparte żadnymi dowodami. Brak ww. dowodów dyskwalifikuje ww. zastrzeżenie. Zamawiający - już chociażby - ze względu na brak ww. dowodów powinien był dokonać odtajnienia. Zamawiający czynności tej zaniechał.

Odwołujący zwraca uwagę na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące ww. kwestii wyrażone m. in. w wyrokach:

1)wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2021 (sygn.. akt: KIO 1633/21):

Zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania ww. jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest m. in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy jednak zauważyć, że w art. 18 ust. 3 Pzp ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca "wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa". Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem "wykazał", co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie "oświadczenia", czy "deklarowania", ale stanowi znacznie silniejszy wymóg "udowodnienia". Tym samym, aby zastrzeżone przez

wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw "wykazać", czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

2)wyrok KIO z dnia 19 października 2021 (sygn.. akt: KIO 2758/21)

Jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z Pzp. Wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 18 ust. 3 Pzp. W świetle art. 18 ust. 3 Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa pod warunkiem wykazania przez wykonawcę zasadności ich zastrzeżenia. Jak wynika z przywołanego przepisu, na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania Zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą Zamawiającego w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

3)wyrok KIO z dnia 29 marca 2021 (sygn.. akt: KIO 720/21):

Zamawiający przychylając się do wniosku danego wykonawcy o zastrzeżeniu określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, winien dokonać weryfikacji prawdziwości stanowiska oferenta odnośnie charakteru (statusu) tych informacji. Weryfikacja prawdziwości stanowiska oferenta nie może odbyć się wyłącznie poprzez bezrefleksyjne zaaprobowanie wyjaśnień danego wykonawcy, ale winna być oparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy. Podsumowując, dla skutecznego zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawca zobowiązany jest: (i) zastrzec, które informacje podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa; (ii) wykazać spełnienie przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k.; (iii) przy czym obie te czynności powinny nastąpić - co do zasady - nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Uzasadnienie: Dotyczy punktu 2 powyżej

W zakresie dotyczącym zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa całego dokumentu Odwołującywskazuje, że tajemnicą przedsiębiorstwa objęte mogą być tylko poszczególne, pojedyncze, wyodrębnione informacje, a nie całe dokumenty. Zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa całego dokumentu traktowane jest jako niepodlegające ochronie i jako sprzeczne z zasadą jawności postępowania o zamówienie publiczne.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia3 lutego 2021 r. (sygn.. akt: KIO 24/21) nieuzasadnione jest zastrzeżenie całego dokumentu w sytuacji, gdy może on zawierać także informacje niezasługujące na ochronę. Nie jest możliwe całościowe, ogólne zastrzeżenie dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa tylko ze względu na to, iż w jego treści mogły znaleźć się pojedyncze informacje, które zdaniem Wykonawcy podlegają ochronie na podstawie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że niejawne w postępowaniu o zamówienie publiczne mogą być tylko informacje chronione i to tylko one mogą zostać utajnione. Nie ma tym samym możliwości utajnienia całego dokumentu. Ochronie podlegają wyłącznie poszczególne informacje. Za ww. stanowiskiem przemawia również literalna wykładnia przepisów art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jak i art. 18 ust. 3 Ustawy. Oba przywołane przepisy posługują się słowem „informacje". Ponadto oba w ww. przepisów stanowią wyjątek od powszechnie stosowanej zasady jawności i transparentności. Z tego też powodu znaczenie słowa „informacje" nie może być odczytywane rozszerzająco.

Odwołujący podnosi że informacje takie jak:

1)zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy ,których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564);

2)zgodność z przepisami z zakresu zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie (koszty pracownicze, koszty ewentualnych zastępstw na czas urlopów/ zwolnień chorobowych)

3)informacja czy Wykonawca uwzględnił założenia dotyczące kosztów świadczenia usługi od dnia 01.01.2024 roku tj. informacje, które zostały zastrzeżone przez wybranego wykonawcę, jako stanowiące konsekwencję przepisów prawa w żaden sposób nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący podnosi, że wybrany wykonawca nie mógł wykazać i nie wykazał, iż są to informacje faktycznie podlegające ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa, a w szczególności, że posiadają wartość gospodarczą w tym w szczególności stanowią element strategii cenowej. Tym samym nie można uznać dokonanego zastrzeżenia za skuteczne w świetle art. 18 ust. 3 Pzp.

Odwołujący podnosi także, iż informacje/dowody takie jak:

1.Dowód 1- Decyzja ZPChr- Ever Serwis ,

2.Dowód 2- Decyzja ZPChr- Everteam,
3.Dowód 3- Decyzja ZPChr- Proscan ,
4.Dowód 4- Decyzja ZPChr- Uniwersal Support ,
5.Dowód 7- Wykaz środków Mazowiecki Szpital Specjalistyczny w Ostrołęce ,
6.Dowód 8- Wykaz środków Narodowy Instytut Kardiologii w Aninie
7.Dowód 9- Aplikacja Czysty Szpital ,
8.Dowód 10- Wykaz Sprzętu z ogólnodostępnych platform zakupowych ,
Nie są dokumentami, które podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa a w szczególności, że nie posiadają wartości gospodarczej.
Uzasadnienie:
Odnośnie decyzji ZPChr (punkt 1-4 powyżej):
Dokumenty te niejednokrotnie były załącznikami do ofert Wykonawcy, które składane były w postępowaniach przetargowych publicznych, (dowód: Decyzja nr 761/2015 dla Everteat sp. z o.o. wydana w dniu 2 kwietnia 2015 roku złożona w postępowaniu przetargowym ogłoszonym przez Mazowiecki Szpital Specjalistyczny w Ostrołęce, w posiadaniu której jest Odwołujący gdyż brał udział w niniejszym postępowaniu)
Odnośnie punktów 5-8 powyżej:
-„Wykaz sprzętu z ogólnodostępnych platform zakupowych”- już sama nazwa załącznika wskazuje, że informacja ta jest “ogólnodostępna”, czyli może ją sprawdzić każdy użytkownik internetu, jest powszechnie znana.
-Wykaz środków Mazowiecki Szpital Specjalistyczny w Ostrołęce ,
-Wykaz środków Narodowy Instytut Kardiologii w Aninie
Wykazy te są załącznikami w umowach publicznych, ponadto Wykonawca ten stosuje ww. środki, i materiały na innych kontraktach. Informacje na ich temat podawane są przez wybranego wykonawcę w wykazach środków wymaganych w innych przetargach dla innych zamawiających. Nie ma więc podstaw, aby w/w dokumenty podlegały utajnieniu, w tym zwłaszcza w całości.
Niedopuszczalne jest przyjmowanie przez Zamawiającego jako prawidłowego takiego działania wykonawcy, które polega na zastrzeganiu tajemnicą przedsiębiorstwa całych dokumentów, pomimo,
że zawierają one również informacje, które nie mogą być chronione. W takiej sytuacji Zamawiający powinien ujawnić określoną treść dokumentów, która zostały w sposób nieuprawniony zastrzeżona przez wykonawcę, z wyłączeniem tych informacji, które rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Dokonanie powyższej czynności nie wymaga skomplikowanych zabiegów ze strony Zamawiającego, który "informacje wrażliwe" może zwyczajnie "zasłonić" czy też wymazać.
<u>Reasumując:</u>
1.kalkulacje sporządzone przez wybranego wykonawcę na potrzeby niniejszego postępowania nie zawierają kompleksowych informacji o zakresie, sposobie i modelu jego działalności w pełnym jego spektrum. Wybrany wykonawca na wezwanie Zamawiającego zobowiązany był scharakteryzować i przedstawić kalkulację jednego konkretnego zamówienia sposób i metoda wykonania zamówienia a w konsekwencji i koszty został y narzucone przez Zamawiającego w SWZ.
2.Zamówienie to zostanie zrealizowane w sposób narzucony przez zamawiającego a nie w oparciu o autorki pomysł wybranego wykonawcy.
3.kalkulacje te nie są charakterystyczne dla wybranego wykonawcy nie stanowią informacji o jego „pomyśle na biznes”, czy aktywności gospodarczej w stopniu wymagającym ochrony poprzez zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący podkreśla, że na podstawie kalkulacji sporządzonej dla tego konkretnego postępowania żaden wykonawca nie może odczytać strategii cenowej Ever Medical Care sp. z o.o. oraz Ever Cleaning sp. z o.o. ani tym bardziej stosować jej wprost. Informacje zawarte w ww. kalkulacjach na skutek treści SWZ są bowiem konsekwencją wymogów dotyczących realizacji zamówienia wynikających z SWZ.
4.Ponadto nawet, gdyby przyjąć, że ww. kalkulacje zawierają jakieś elementy strategii cenowej to i tak są to tylko pojedyncze informacje a nie całość dokumentu. Odwołujący podkreśla, że ze względu na narzucony model realizacji usługi wynikający z SWZ, informacje zwarte w ww. kalkulacjach są zbyt skąpe, aby dokonać odczytania strategii cenowej, na które to zagrożenie powoływał się wybrany wykonawca.
5.W zakresie dotyczącym braku autorskich rozwiązań zawartych w kalkulacji, Odwołujący zaznacza, że Zamawiający w SWZ szczegółowo sprecyzował wymagania dotyczące sposobu realizacji usługi, w szczególności określił wymagania względem obsady stanowiskowej tj. miesięcznej liczby godzin wykonywania usługi, wyposażenia osób realizujących zamówienie, wymogi co do właściwości środków chemicznych stosowanych do wykonania zamówienia, wyróżnił i wskazał również częstotliwość poszczególnych czynności do realizacji, sprzęt wymagany do realizacji zamówienia.

6.Tym samym Zamawiający nie pozostawił wykonawcom swobody w organizacji i sposobie wykonania usługi. Zamawiający wyraźnie określił czego oczekuje od usługi i jak usługa ma być realizowana. Ze względu na powyższe wymogi co do sposobu realizacji zamówienia, wykonawca został pozbawiony w postępowaniu możliwości sporządzenia i przedstawienia autorskiej koncepcji wykonania usługi. W konsekwencji wykonawca nie mógł stosować wybranych przez siebie strategii cenowych.

Zastrzeżone kalkulacje nie stanowią autorskiej koncepcji wykonania usługi a stanowią wyłącznie odpowiedź na model wykonania usługi wynikający z SWZ. Doborowi systemów i rozkładów czasów pracy osób realizujących zamówienie nie można przypisać waloru rozwiązania wyjątkowego,

niepowtarzalnego, stworzonego na potrzeby konkretnego zamówienia, gdyż wymiar, rodzaj, sposób zatrudniania na usłudze wynikają z wymagań opisanych przez Zamawiającego SWZ. Wymagania te są jednakowe dla wszystkich wykonawców. Tym samym wyjaśnieniom nie można przypisać żadnej wartości gospodarczej, gdyż nie ma w tym przypadku mowy o autorskiej, unikalnej koncepcji realizacji zamówienia, wymagającym ochrony know-how wykonawcy, czy realizacji jakiejkolwiek strategii cenowej. Samo wyspecyfikowanie kosztów zamówienia, zwłaszcza w przypadku, gdy dotyczy to kosztów wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów prawa, nigdy nie było i nie może być uznawane za tajemnicę przedsiębiorstwa, czy przejaw strategii cenowej. Tego rodzaju koszty po prostu występują w kalkulacji jako rzecz oczywista, wynikająca z przepisów prawa, powszechnie znana a w tym konkretnym postępowaniu wynikająca również z etatyzacji wymaganej w SWZ.

Dane zawarte w ww. kalkulacjach nie są poufnymi rozwiązaniami technologicznymi lub autorskimi koncepcjami wykonania usługi, przejawianymi strategii cenowych skoro rozwiązania te ze względu na obowiązujące przepisu o minimalnym wynagrodzeniu oraz treść SWZ są jednakowe dla wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie i zostały narzucone w SWZ. Wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny w postępowaniu nie świadczą o szczególnej wiedzy wymagającej ochrony w szczególności, gdy wymagania co do sposobu zatrudnienia oraz sposobu realizacji usługi zostały określone w treści SWZ.

Odwołujący wskazuje ponadto, że w zakresie kosztów pracy wyłącznie informacje w postaci: danych osobowych osób realizujących zamówienie, takich jak: imię i nazwisko, adres zamieszkania, PESEL, NIP, nazwa prowadzonej działalności gospodarczej, mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W pozostałym zakresie - informacje podane w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny - kluczowe do oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny - w tym uzasadnienie kosztów, kalkulacja cenowa oraz ewentualnie inne dane takie jak: stanowisko, ilość jednostek rozliczeniowych, stawki jednostkowe, wysokość wynagrodzenia netto, brutto, dodatki do wynagrodzenia, koszty zastępstw urlopowych i chorobowych - nie stanowią informacji, o których mowa wart. 11 ust.2 uznk, tj. informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub inne informacji posiadających wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Odwołujący podnosi również, że usługi utrzymania czystości w szpitalach stanowiące przedmiot niniejszego zamówienia mają charakter standardowy. W przypadku tego rodzaju usług nie występuje więc możliwość powoływania się na innowacyjną metodę wykonania zamówienia, szczególne "know-how" dostępne wyłącznie dla ww. Wykonawców, którego ujawnienie mogłoby narazić tychże Wykonawców na szkodę. W przypadku usługi utrzymania czystości - fakt, że podstawowym składnikiem kosztowym tej usługi jest koszt zatrudnienia pracownika- jest powszechnie znany. Co istotne - informacje o minimalnych wynagrodzeniach pracowników są powszechnie znane i wynikają z obowiązujących przepisów prawa.

Odwołujący wskazuje, że w przypadku usług utrzymania czystości objętych zamówieniem - do podstawowych składników kosztowych należą:

1)koszty zatrudnienia osób realizujących zamówienie (koszty pracy),

2)koszt wyposażenia osób realizujących zamówienie oraz koszty badań i szkoleń tychże osób,

3)koszty chemii, środków czystości, środków czystości, środków ochronny osobistej oraz narzędzie i urządzeń niezbędnych do wykonania usługi;

4)koszty dzierżawy pomieszczeń

5)koszty szkoleń pracowników, badań mikrobiologicznych, programu monitorującego poziom higieny szpitalnej, mycia okien, zabezpieczenia powierzchni podłogowych środkiem konserwującym 6) zysk.

W ramach przedmiotowej usługi - nie występują inne składniki kosztowe. Taki sam sposób wykonywania usługi - dotyczy wszystkich wykonawców na rynku.

W związku z powyższym, Odwołujący podnosi, że w przypadku przedmiotowego zamówienia, wyłącznie wąski zakres informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wybranego wykonawcy dotyczących danych identyfikujących

pracowników zatrudnionych do realizacji usługi może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.
Co więcej Wykonawca EVER niewykazał dlaczego ujawnienie treści zastrzeżonych dokumentów mogłoby wyrządzić szkodę.
Odwołujący wskazuje, że powinien mieć możliwość weryfikacji w szczególności uzasadnienia kosztów oraz kalkulacji cenowej - w szczególności w zakresie analizy, czy koszty pracy zostały przyjęte na poziomie nie niższym niż minimalne wynagrodzenie za pracę. Odwołujący podnosi również, że powinien był uzyskać w postepowaniu możliwość weryfikacji innych kosztów wykonania zamówienia w tym w szczególności kosztów wyposażenia osób realizujących zamówienie, ich badań, szkoleń. Tak samo w zakresie dotyczącym chemii, środków czystości, środków higienicznych, narzędzi, urządzeń i maszyn niezbędnych do realizacji zamówienia jak i wymaganych w SWZ. Odwołujący powinien móc w szczególności przeanalizować, czy data dokumentów księgowo-rozliczeniowego dotyczących ww. kosztów są aktualna i dotyczą aktualnych stawek wynagrodzeń, czy też - przedstawiono dowody nieaktualne - odnoszące się do stawek nierynkowych, za które obecnie nie ma możliwości zatrudnieni a pracowników i realizacji zamówienia jako takiego. Odwołujący w ww. zakresie wskazuje na wyrok Krajowej izby Odwdławczej o sygn. akt: KIO 2745/17 prezentujący stanowisko tożsame ze stanowiskiem Odwołującego.
Odwołujący podkreśla, że możliwość nieujawnienia informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia należy traktować jako sytuację wyjątkową, a podstawy do skorzystania z niej traktować zawężająco, w przeciwnym bowiem razie jawność postępowania i wynikające z niej wartości i gwarancje nie są realizowane. Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że w niniejszym postępowaniu - Zamawiający nie przeanalizował należycie, kalkulacje i oświadczenia dostawców zastrzeżone przez wybranego wykonawcę w ogóle stanowią tajemnicę przedsiębiorstwo a ponadto, czy zastrzeżone zostały z zachowaniem wymogów, o których mowa w art. 18 ust. 3 Ustawy. W konsekwencji powyższych naruszeń Zamawiający naruszył Ustawę poprzez zaniechanie odtajnienia kalkulacji oraz oświadczeń dostawców o rabatach przedstawionych przez wybranego wykonawcę. Zamawiający zaniechał odtajnienia ww. dokumentów i nie udostępnił ich Odwołującemu pomimo, że wybrany wykonawca ograniczając jawność ww. dokumentów nie wykazał spełnienie przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 ustawy o zakazie konkurencji.
Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne. Jawność dotyczywszelkiej dokumentacji związanej z procedurą, którą tworzą instytucje publiczne, jak również dokumentów, jakie składają wykonawcy. Oferty oraz wszelkie oświadczenia i zaświadczenia, które wykonawcy składają w toku postępowania, są zatem jawne. Trzeba je udostępnić do wglądu wszystkim zainteresowanym osobom bez względu na interes prawny oraz faktyczny. Od powyższego istnieje jednak wyjątek. Na mocy art. 18 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający nie może ujawnić informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale tylko w sytuacji, w której zastrzegający wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (por:
Zamawiający, w dniu 6 czerwca 2023 r., złożył odpowiedź na odwołanie w której wniósł oddalenie odwołania w całości oraz przedstawił stanowisko wobec zarzutów odwołania.

Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia w tym przekazaną dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę odpowiedź na odwołanie, dalsze pismo procesowe, oświadczenia i stanowiska wyrażone przez strony i uczestników postępowania, w tym w trakcie posiedzenia i rozprawy w dniu 7 czerwca 2023 r., Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.
Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wnosił o wezwanie Odwołującego do złożenia pełnomocnictwa umocowującego Panią.Ż. do reprezentowania obu członków Konsorcjum „IZAN+" sp. z o.o. i Naprzód Hospital sp. z o.o. do reprezentowania ich w postępowaniu odwoławczym a w razie braku złożenia prawidłowego pełnomocnictwa do odrzucenia odwołania. Argumentując powyższy wniosek Zamawiający wskazał, że w odpisie odwołania przesłanym do Zamawiającego, brak jest jakichkolwiek dokumentów potwierdzających umocowanie Pani Żakliny P. do złożenia odwołania w imieniu członków Konsorcjum, stąd Zamawiający nie jest w stanie zweryfikować, czy odwołanie zostało wniesione przez podmiot uprawniony.

W przypadku, gdy do odwołania zostało załączone pełnomocnictwo udzielone przez „IZAN+" sp. z o.o. Pani Żaklinie P. z dnia 31 marca 2023r. złożone do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający wskazał, że pełnomocnictwo to należy uznać za wadliwe i nie pozwalające reprezentować obu członków Konsorcjum.
Dalej Zamawiający podnosił, iż z treści pełnomocnictwa nie wynika, aby Pani Ż.P. była osobą wskazaną enumeratywnie w katalogu osób, które mogą reprezentować wykonawcę (art. 510 ustawy Pzp). Zamawiający wskazał, że Pani P. jest

najprawdopodobniej pracownikiem spółki „IZAN+", co oczywiście uprawnia ją do reprezentowania wyłącznie tego podmiotu. Natomiast spółka „IZAN+" sp. z o.o. nie ma prawnej możliwości udzielenia swojemu pracownikowi prawa do reprezentowania drugiego członka Konsorcjum.
Co więcej, Zamawiający podkreślił, że w przepisach ustawy Pzp brak jest regulacji analogicznej, jak w procedurze cywilnej gdzie w art. 8751 kpc wskazano, że pełnomocnikiem może być również „współuczestnik sporu", a tym samym pełnomocnictwo z dnia 29 marca 2023r. udzielone przez Naprzód Hospital sp. z o.o. dla „IZAN+" sp. z o.o. załączone do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego również nie mogło skutecznie umocować „IZAN+" sp. z o.o. do złożenia odwołania w imieniu obu wykonawców, gdyż ze złożonych dokumentów nie wynika, aby „IZAN+" sp. z o.o. sprawowała zarząd majątkiem lub interesami Naprzód Hospital sp. z o.o. czy też pozostawała w stosunku zlecenia, gdzie przedmiot sprawy wchodzi w zakres tego zlecenia.

Powyższe, w ocenie Zamawiającego, determinowało konieczność wezwania Odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictw, chyba że nie ma możliwości uzupełnienia tych braków, co z kolei winno skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący na posiedzeniu oświadczył, iż p. Ż.P. jest zleceniobiorcą IZAN+ sp. z o.o. i pracownikiem Naprzód Hospital sp. z o.o..

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego, wobec oświadczenia Odwołującego, uznając iż umocowanie osoby składającej odwołanie w imieniu Odwołującego było prawidłowe, a osoba ta mieści się w kręgu osób zakreślonych art. 510 ustawy Pzp. Na marginesie należy dodać, iż Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku o sygn. akt KIO 1221/21, zgodnie z którym „pracownik jednego z członków konsorcjum (lidera konsorcjum) jest osobą, która może być pełnomocnikiem całego konsorcjum. Nadmienić należy, że pełnomocnictwo dla lidera konsorcjum było prawidłowe. Gdyby przyjąć interpretację art. 510 ust. 2 ustawy Pzp, iż tylko osoba, która jest pracownikiem wszystkich członków konsorcjum może występować w roli pełnomocnika, to w sposób istotny ograniczyłoby możliwość działania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (co jest dość powszechną praktyką) poprzez swoich pracowników, nie będących radcami czy adwokatami, gdyż co do zasady dana osoba w większości przypadków pozostaje zatrudniona przez jeden podmiot."

Do postępowania odwoławczego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz strony do której zgłoszono przystąpienie, zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Ever Medical Care sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Ever Cleaning sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.
Izba uznała zgłoszone przystąpienie za skuteczne.

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 568 pkt 1 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie zakresie zarzutu opisanego w pkt II.1 petitum odwołania.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy.* Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.*

Odwołujący w oświadczeniem na posiedzeniu cofnął odwołanie w ww. części. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już tego zarzutu, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanego zarzutu.

Rozstrzyganie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.
W pozostałym zakresie, Izba rozpoznała zarzuty odwołania.

Izba ustaliła co następuje:

Stan faktyczny dot. czynności Zamawiającego względem wyjaśnienia ceny w ofercie Przystępującego opisany przez Odwołującego w odwołaniu, odpowiada ustaleniom Izby, więc nie będzie powtarzany.

Ustalenia przywołane w dalszym uzasadnieniu, również stanowią element ustaleń stanu faktycznego dokonanego przez Izbę.

Wartość szacunkowa zamówienia wynosiła 4 976 617,90 zł netto. Ponadto we wniosku o wszczęcie postępowania Zamawiający wskazał: „Ustalenia wartości zamówienia dokonano w dniu 14.02.2023 r. na podstawie: ceny za 1 roboczogodzinę obowiązującej w aktualnej umowie na przedmiotowe usługi, badania rynku usług sprzątania w szpitalach, planowanej zmianie wysokości minimalnego wynagrodzenia od 1 lipca 2023 oraz 1 stycznia 2024 r., a także wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS z dnia 13 stycznia 2023 r."
Zgodnie z pkt. 1 Rozdziału XXIX SWZ Sposób obliczenia ceny *Wykonawca oblicza wartość zamówienia w oparciu o informacje zawarte w* Opisie Przedmiotu Zamówienia - Załączniku nr 2 do SWZ, Załącznikach nr 2.1-2.3 do SW *i w* projektowanych postanowieniach umowy - Załączniku nr 4 do SWZ *oraz wypełniając* Formularz oferty - Załącznik nr 1 do SWZ.

W postępowaniu złożono 3 oferty. Cenę najniższą zaoferował Przystępujący na kwotę 4 909 640,60 zł brutto, cena Odwołującego wynosiła 5 507 454,88 zł brutto, cena konsorcjom którego liderem była firma Partner Medica sp. z o.o. to 6 506 328,00 zł brutto.

Izba zważyła, co następuje:

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Odwołanie podlegało uwzględnieniu w części.

W pierwszej kolejności odnosząc się do uwzględnionego zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską ceną lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia podczas gdy złożone przez tego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają w sposób wystarczający podanej w ofercie ceny lub kosztu Izba wskazuje co następuje. Nie ulega wątpliwości, iż ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który otrzymał wezwanie do złożenia wyjaśnień. Tym samym złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należytą realizację całego zamówienia. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny poparte być stosownymi dowodami.
Co do zasady dopuszczalne jest również ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień, jeżeli w złożonych przez wykonawcę wyjaśnieniach powstają kolejne kwestie, nowe wątpliwości, które wymagają doprecyzowania. W przedmiotowej sprawie, Zamawiający skorzystał z tej możliwości i wezwał wykonawcę do dalszych wyjaśnień, ostatecznie akceptując ich wynik.
Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, w ocenie Izby złożone przez Przystępującego wyjaśnienia nie były wystarczające do oceny, czy cena jego oferty nie jest rażąco niska. Przystępujący nie przedstawił w ocenie Izby dostatecznych dowodów, by uznać, że podane w wyjaśnieniach okoliczności, mogły wpłynąć na wysokość ceny w sposób uzasadniający poziom na jakim została zaoferowana.
Nadmienić należy, iż Przystępujący zastrzegł składane pierwotnie wyjaśnienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa, uznaną przez Zamawiającego za zasadnie zastrzeżoną, jednakże wyjaśnienia dodatkowe już taką klauzulą nie zostały objęte. Zastrzeżeniem nie objęto również załączników do wyjaśnień obejmujących m.in. składane dowody na realność ceny.
Głównym kosztem ponoszonym przez wykonawców w celu realizacji niniejszego zamówienia jest koszt wynagrodzeń osób je realizujących.
Oceniając złożone wyjaśnienia wraz z ich uzupełnieniem należy zwrócić w szczególności uwagę na dwa aspekty. Aspekt uwzględnienia wzrostu minimalnego wynagrodzenia oraz korzystania przez wykonawcę z pomocy publicznej. W odpowiedzi na dodatkowe zapytanie Zamawiającego, Przystępujący odniósł się co prawda do szczegółowego zapytania Zamawiającego w jaki sposób skalkulowano ryzyko dotyczące podwyższenia płacy minimalnej w 2024 r., przy założeniu, że umowa w sprawie zamówienia publicznego ma być zawarta na okres 12 miesięcy, a więc Zamawiający nie będzie zobowiązany do zmiany wynagrodzenia wykonawcy w związku z tym wzrostem zgodnie z Pzp, a okres obowiązywania umowy będzie obejmował częściowo rok 2024, lecz w ocenie Izby nie wykazał, iż uwzględnił ryzyka z tym związane w sposób pozwalający na uznanie, że jego cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. Należy podkreślić, że w dodatkowym wezwaniu Zamawiający podniósł, że Wykonawca miał uwzględnić powyższą okoliczność przy kalkulowaniu ceny ofertowej, z uwzględnieniem, że umowa nie podlega zmianie w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia, a w złożonych wyjaśnieniach brak jest informacji w tym zakresie, tj. kalkulacji wynagrodzenia pracowniczego w okresie od 1 stycznia 2024 r.
Wyjaśniając kwestię oszacowania ryzyka Przystępujący wyjaśnił, że przyjęta do kalkulacji stawka wynika z przepisów prawa powszechnie obowiązującego i jest właściwa dla realizacji umowy nawet w przypadku początku jej realizacji od dnia 01.07.2023 r.

Drugą okolicznością jaką podnosił Przystępujący jest fakt, iż nie da się, ani na moment złożenia oferty, ani nawet na dzień złożenia wyjaśnień przewidzieć, jaką wartość będzie miało wynagrodzenie minimalne za pracę od 01.01.2024 r., gdyż rząd dopiero w drugiej połowie roku 2023 podejmie wstępne działania zmierzające do ustalenia, jaka to będzie wartość. Przystępujący podkreślił, że wstawienie jakiejkolwiek wartości minimalnego wynagrodzenia od 01.01.2024 r. obarczone byłoby błędem lub przedstawieniem nieprawdziwych informacji.
Po trzecie, Przystępujący wskazał, że w treści umowy w sprawie zamówienia publicznego znajdują się postanowienia dotyczące możliwości dokonania waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy – postanowienia § 8 wzoru umowy, oraz że zmiana kosztów wynagrodzenia osób realizujących przedmiot zamówienia mieści się w przesłankach dotyczących waloryzacji umów w sprawie zamówienia publicznego, na podstawie art. 439 PZP, a postanowienia dotyczące waloryzacji zostały przez Zamawiającego przewidziane we wzorze umowy.
Przystępujący podkreślił również, ze przedstawiona kalkulacja pozostaje w zgodzie z odpowiedzią jakiej udzielił Zamawiający w korespondencji z dnia 28.03.2023 r. na pytanie nr 8: “Wykonawca ma skalkulować w ofercie zmiany wynagrodzenia planowane od dnia 1 lipca 2023 roku.” Na chwilę obecną planowana jest tylko jedna zmiana wysokości minimalnego wynagrodzenia i wartość tejże podwyżki Wykonawca przyjął w przedstawionej kalkulacji jako potwierdzoną i jedyną zaplanowaną zmianę wynagrodzenia.
Powyższe okoliczności w ocenie Przystępującego powodowały, że cena oferty została skalkulowana w sposób prawidłowy i obejmuje realizację całości przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.”.
W ocenie Izby, powyższa argumentacja nie stanowiła odpowiedzi na pytanie, wątpliwości Zamawiającego tym bardziej nie rozstrzygnięto w pierwotnych wyjaśnieniach ceny. Nie podano w jaki sposób Wykonawca zabezpieczył się na wypadek podniesienia wysokości płacy minimalnej, a tego dotyczyło pytanie Zamawiającego, czy uwzględnił i w jakim stopniu ryzyko wzrostu wynagrodzenia minimalnego od 1 stycznia 2024 r. oraz w jaki sposób wskazane przez niego okoliczności faktycznie przekładają się na kalkulację ceny. Izba nie przeczy, że Wykonawca kalkuluje ofertę na moment jej złożenia, biorąc pod uwagę dostępne wówczas dane. Jednakże jak wskazywał Odwołujący od momentu wprowadzenia w Polsce płacy minimalnej, a więc od 2002 r. (ustawa o minimalnym wynagrodzeniu za pracę), płaca minimalna jest podwyższana co roku. Oczywiście prawdą jest również to, że na moment składania ofert nie było wiadome na jakim poziomie będzie ona obowiązywała od 1 stycznia 2024 r., lecz nieracjonalnym ze strony wykonawcy jest nie ujęcie w ofercie rezerwy na pokrycie tych kosztów. Nie można zgodzić się ze stwierdzeniem Przystępującego, że wobec nieznajomości tej stawki błędem lub przedstawieniem nieprawdziwych informacji byłoby ujęcie zwiększonej stawki w kalkulacji. W ocenie składu orzekającego, działający z należytą starannością wykonawca, kalkulując cenę oferty obejmującą również okres w którym z dużym prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością nastąpi wzrost minimalnego wynagrodzenia, powinien ten fakt uwzględnić w cenie. Tym bardziej, że koszty osobowe stanowią główny koszt realizacji zamówienia. Dostrzeżenia przy tym wymaga, że Przystępujący powołał się co prawda na ogólną waloryzację wynagrodzenia Wykonawcy, przewidzianą we wzorze umowy w oparciu o wskaźniki wzrostu cen towarów i usług GUS, która być może będzie częściowo niwelować koszty wykonawcy w zakresie wzrostu płacy minimalnej, lecz nie pokusił się o żadną estymację kwot związanych z podnoszonymi okolicznościami. Zwrócić należy uwagę, iż ta waloryzacji może być naliczana in plus lub in minus, w zależności od wskaźników. W umowie, w związku z okresem na jaki ma zostać zawarta brak jest określenia zasad zmian w zw. z art. 436 Pzp.
Ponadto, w ocenie Izby, Przystępujący w sposób błędny zinterpretował odpowiedź Zamawiającego na pyt nr 8. Odpowiedź należy czytać łącznie z zapytaniem „Prosimy Zamawiającego o informację, czy Wykonawca ma kalkulować ofertę uwzględniając minimalne wynagrodzenie na dzień składania ofert, a Zamawiający zwaloryzuje wynagrodzenie wykonawcy od lipca 2023 r., która to waloryzacja będzie obejmowała minimalne wynagrodzenie zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej na rok 2023?” na tak zadane pytanie Zamawiający udzielił odpowiedzi „Wykonawca ma skalkulować w ofercie zmiany wynagrodzenia planowane od dnia 1 lipca 2023 roku.”. W ocenie Izby odpowiedź ta nie powodowała, możliwości uznania, iż należy do wyceny zamówienia przyjąć wyłącznie płacę minimalną na poziomie z lipca br., lecz wskazywała, na konieczność ujęcia w cenie zmian wynagrodzenia minimalnego. Należy mieć na uwadze także fakt, iż wykonawca składając ofertę oświadczał, iż uwzględnił w cenie oferty wszystkie koszty wykonania zamówienia i realizacji przyszłego świadczenia umownego.
Ze względu na treść zapytania Zamawiającego wystosowanego do Przystępującego w uzupełnieniu wyjaśnień ceny, stanowisko Zamawiającego, iż w żadnym punkcie SWZ nie odnosił się do uwzględnienia kwestii wzrostu wynagrodzenia w 2024 r. w cenie ofertowej, uznając, że wprowadzając taki wymóg doprowadziłby do nieporównywalności ofert, uznać należy za stanowisko przyjęte wyłącznie na potrzeby postępowania odwoławczego. Tym bardziej, że Zamawiający ustalają wartość szacunkową zamówienia brał te okoliczności pod uwagę. Na marginesie należy wskazać, że wykonawcy nie byli zobowiązani do wyceny ofert z uwzględnieniem kosztów pracowniczych na poziomie wynagrodzenia minimalnego, ze względów społecznych wręcz pożądanym jest aby to wynagrodzenie było na poziomie wyższym,

natomiast wykonawcy zobowiązani byli do realnej wyceny zamówienia uwzględniającej uwarunkowania rynku pracy w Polsce.
W ocenie Izby nie mieści się w pojęciu realnej wyceny zamówienia sytuacja, gdy wykonawca przyjmuje do wyceny zamówienia wynagrodzenie pracowników na poziomie minimalnym i nie ujmuje w tej wycenie ryzyka wzrostu płacy minimalnej oraz nie prezentuje sposobu mitygacji tego ryzyka w wyjaśnieniach ceny.
Następnie w wyjaśnieniach Przystępujący wskazywał na możliwość korzystania z pomocy publicznej, którą uzyskuje zatrudniając pracowników niepełnosprawnych. W zasadzie dla tych kwestii wyjaśnienia ograniczają się do wskazania liczby osób kierowanych do realizacji zamówienia ze wskazaniem stopnia niepełnosprawności i wysokości refundacji, którą można uzyskać. W ocenie Izby są to twierdzenia niewystarczające, by uznać złożone wyjaśnienia za pełne i wyczerpujące. Odwołujący nie przedstawił ani w jaki sposób korzystał z tej pomocy w przeszłości, na jaki jej poziom może liczyć obecnie, w kontekście realizacji tego konkretnego zamówienia. Nie wyjaśnił również dlaczego liczba osób niepełnosprawnych wskazana w wyjaśnieniach jest liczbą właściwą, adekwatną do wymagań zamawiającego dla realizacji zamówienia. Faktem jest, że Przystępujący załączył do wyjaśnień decyzje uznające 4 spółki z jego grupy kapitałowej za zakłady pracy chronionej, lecz nie wyjaśnił szczegółowo zasad i nie określił relacji w oparciu o które będzie możliwe skorzystanie przez niego z zasobów pracowniczych tych podmiotów (np. poprzez oddelegowanie pracowników, przejęcie pracowników, czy też świadczenie usług przez spółki z grupy). Z wyjaśnień nie wynika dlaczego wykonawca może przyjąć określony w kalkulacji poziom wynagrodzenia wskazywanych osób gdy jednocześnie zakłada, iż będzie korzystał z podwykonawców, w jaki sposób pracownicy ci będą realizować kontrakt. W szczególności za dowód uzasadniający obniżenie ceny nie może być uznane zestawienie osób niepełnosprawnych zatrudnionych w spółkach kapitałowych EVER GRUPY bez szczegółowego odniesienia się i określenia ich związku zwyceną oferty lub przedstawione przykładowe umowy o pracę.
Izba stoi na stanowisku, że przepisy co prawda nie określają przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i realności wyceny swojej oferty. Możliwe jest przedstawienie zatem każdego dowodu, jednakże musi być on adekwatny do składanych w toku postępowania wyjaśnień. W szczególności gdy wykonawca powołuje się na pomoc publiczną konieczne jest wykazanie, że rzeczywiście pomoc ta może zostać udzielona i ma wpływ na cenę tej konkretnej oferty. W ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy nie można uznać, iż Przystępujący sprostał spoczywającemu na nim ciężarowi dowodu i że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami uzasadniają podaną w ofercie cenę. W związku z powyższym Izba uwzględniła w tym zakresie odwołanie.
W kontekście wyjaśnień ceny, nadmienić należy, iż Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego w zakresie zmiany treści oferty poprzez deklarację jej realizacji z pomocą podwykonawców. W tym zakresie Izba podziela stanowisko Zamawiającego, iż oświadczenie o „zapewnieniu kadry" nie jest tożsame z deklaracją jej samodzielnego zatrudnienia i skierowania do realizacji wyłącznie własnych pracowników. Przystępujący zadeklarował realizację zamówienia z udziałem podwykonawców, a Zamawiający nie zastrzegł żadnej z części zamówienia do samodzielnego wykonania. Tym samym, trudno tutaj dopatrzeć się naruszenia przepisów Pzp.
W pozostałym zakresie Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Co do podnoszonej niegodności oferty Przystępującego z treścią warunków zamówienia, Izba co do zasady podziela stanowisko Odwołującego, iż fakt takiej niezgodności może wynikać również z wyjaśnień ceny lecz w takim przypadku owa niezgodność musi być jednoznaczna i bezsporna. Dekodowanie treści oferty z wyjaśnień jej ceny musi być dokonywane z ostrożnością, gdyż celem tych wyjaśnień jest przedstawienie aspektów cenowych a nie opis dokładnego sposobu, systemu czy też technologii z zastosowaniem jakiej realizowane będzie zamówienie, stąd też w wyjaśnieniach ceny mogą być stosowane przez wykonawców pewne uproszczenia. W ocenie Izby, owej niezgodności nie można domniemywać. Biorąc pod uwagę całokształt materiału dowodowego, w tym korespondencję z firmą MEDISEPT przedłożoną przez Odwołującego również na rozprawie, Izba doszła do przekonania, iż Odwołujący nie wykazał niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia. Z przedłożonej korespondencji wynika, iż być może na rynku są dostępne inne znaczniki i mogłyby być używane z programem. Przystępujący składając wyjaśnienia ceny, referował do pozycji kosztowej jaką było posiadanie systemu Czysty Szpital, a nie oświadczył, że oferuje znaczniki niezgodne z wymaganiami SWZ – szeroko rozumiane parametry znaczników nie były przedmiotem wyjaśnień, dlatego też podstawę faktyczną zarzutu podnoszoną przez Odwołującego należy uznać za nadinterpretację, a co za tym idzie zarzut za niepotwierdzony.

Również zarzut dot. naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 117 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Przystępujących do poprawienia lub uzupełnienia oświadczenia składanego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia co do zakresu zadań przez nich realizowanych podlega oddaleniu. W ramach uwag natury ogólnej należy wskazać, iż w świetle ustawy Pzp możliwość powołania się na wykształcenie, kwalifikacje zawodowe lub doświadczenie jednego z wykonawców z grona wspólnie ubiegających się o zamówienie warunkowana

jest wykonaniem przez tego wykonawcę tej części zamówienia, do realizacji której dane doświadczenie, wykształcenie, czy kwalifikacje są wymagane. Istotne znaczenie dla dokonywanej przez Zamawiającego w tym zakresie oceny ma treść oświadczenia, o którym mowa w ustawy Pzp, zawierającego deklaracje o podziale zadań pomiędzy poszczególnych członków konsorcjum. To właśnie ww. oświadczenie w zestawieniu z innymi podmiotowymi środkami dowodowymi składanymi w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (przede wszystkim wykazami usług czy osób) umożliwia Zamawiającemu weryfikację, czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie na etapie realizacji zamówienia deklarowanych przez nich zasobów. Pomiędzy oświadczeniem z ustawy Pzp oraz podmiotowymi środkami dowodowymi wykazującymi spełnienie warunków udziału w postępowaniu musi zachodzić korelacja, pozwalająca na właściwe przyporządkowanie określonych elementów zamówienia temu wykonawcy, który legitymuje się wymaganymi zdolnościami. W niniejszej sprawie taka korelacja występuje. Należy zauważyć, iż obaj wykonawcy zadeklarowali realizację przedmiotu zamówienia oraz wykonawcy ci potwierdzili spełnianie warunku udziału w postępowaniu poprzez doświadczanie nabyte wspólnie. Tak więc, w ocenie Izby, nie ma ryzyka, iż wykonawca niedoświadczony będzie realizował zamówienie, a tym samym złożone oświadczenia realizując cel ich składania i brak jest podstaw do ich uzupełnienia czy też poprawienia, gdyż każdy z wykonawców posiada kompetencje do realizacji zamówienia zgodnie ze złożoną deklaracją.

Co do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 18 ust 2 i 3 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny ofertowej, Izba stwierdza naruszenie powyższych przepisów. W okolicznościach niniejszej sprawy, wobec przyjętej przez Odwołującego konstrukcji odwołania tj. równoległego skarżenia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wyjaśnień Przystępującego w zakresie ceny nie mógł zostać uwzględniony zarzut dot. zastrzeżenia wyjaśnień ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż, w ocenie Izby, nie ma on wpływu na wynik postępowania. Tylko zarzut mogący mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia może stanowić podstawę uwzględnienia odwołania (art. 554 ust. 1 ustawy Pzp). Odwołujący, wobec poddania pod rozstrzygnięcie Izby w niniejszym postępowaniu zarzutu dot. rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego nie mógłby ponownie, w ocenie składu orzekającego, formułować zarzutu w tożsamym zakresie po otrzymaniu wyjaśnień (tak również Sąd Okręgowy w wyroku XXIII Zs 43/22 z 30.05.2022 r.). Jednocześnie Izba wskazuje, iż uzasadnione były zastrzeżenia Odwołującego co do nieprawidłowości zastrzeżenia przez Przystępującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa przedłożonych wyjaśnień ceny, gdyż wykonawca ten nie wykazał przesłanek uzasadniających objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa składanych wyjaśnień w szczególności ich wartości gospodarczej. Za taką oceną złożonych wyjaśnień przemawia również fakt, iż wykonawca zastrzegł je w całości, nie selekcjonując informacji faktycznie istotnych, czy wręcz zastrzegając informacje jawne i powszechnie dostępne.

Biorąc pod uwagę zapadłe rozstrzygnięcie, z uwagi na wagę uwzględnionego zarzutu dla rozstrzygnięcia odwołania, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 5 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 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) i obciążono nimi w całości Zamawiającego.

Przewodniczący ……