

Sygn. akt: KIO 1187/18

WYROK

z dnia 28 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 czerwca 2018 r. przez wykonawcę Zakład Sprzątania Wnętrz J.J.MOP 83 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gronowie Górnym w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie

przy udziale wykonawcy Impel Facility Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie powtórzenie badania i oceny ofert i odtajnienie pisma wykonawcy Impel Facility Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu z dnia 22 maja 2018 r., zawierającego wyjaśnienia odnośnie ceny oferty, bez ujawniania wartości podanych w tabeli nr 1 „Zestawienie kosztów” dla marży i zysku wykonawcy oraz bez ujawniania załączników do przedmiotowego pisma.

2. Kosztami postępowania obciąża Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez Zakład Sprzątania Wnętrz J.J.MOP 83 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gronowie Górnym tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie na rzecz Zakładu Sprzątania Wnętrz J.J.MOP 83 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gronowie Górnym kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Sprzątanie obiektów Centrali ZUS oraz pielęgnację terenów zieleni”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017, poz. 1579; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 15 czerwca 2018 r. wykonawca Zakład Sprzątania Wnętrz J.J.MOP 83 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gronowie Górnym (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów w części A postępowania:

- 1) art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odtajnienia zastrzeżonych w całości wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, pomimo że wyłącznie niektóre informacje zawarte w wyjaśnieniach mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 2) art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odtajnienia bezzasadnie zastrzeżonych wyjaśnień w sprawie wyliczenia ceny, pomimo że wykonawca Impel nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Impel, pomimo że zawierała rażąco niską cenę, a wyjaśnienia nie mogły jej uwiarygodnić, przy czym - brak udostępnienia wyjaśnień Odwołującemu spowodował niemożność postawienia i skonkretyzowania zarzutu naruszenia art. 90 ust 3 Prawa zamówień publicznych Odwołujący wycofał ten zarzut na posiedzeniu.

Odwołujący uzasadnił niewycofane zarzuty następująco:

Po pierwsze, wskazał, że zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych dotyczy - całej treści wyjaśnień poza:

- cenami i rabatami z ofert dostawców środków czystości,

- imionami i nazwiskami osób, których umowy o pracę dołączono do wyjaśnień lub których dane są elementem wyjaśnień.

Podkreślał, że zastrzeżono całą treść wyjaśnień tj. cały dokument wyjaśnień, tymczasem nawet gdyby uznać, że Wykonawca prawidłowo uzasadnił utajnienie, to dopuszczalne byłoby jedynie zastrzeżenie konkretnych informacji wypełniających przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - w tym zakresie ewentualnie dopuszczalne jest utajnienie rabatów i cen z ofert dostawców, z którymi wykonawcę łączą stosunki gospodarcze, względnie imion i nazwisk osób wykonujących zamówienie, które to imiona i nazwiska znalazłyby się w wyjaśnieniach.

Składając wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny i wykazując, że spełniają one wymagania dotyczące uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa - wykonawca powinien wyodrębnić informacje, które spełniają wszystkie przesłanki, o których mowa w art 11 ust. 4 uznk. W niniejszej sytuacji wyjaśnienia w przeważającej części składają się z elementów jawnych, które nie są informacjami technicznymi, technologicznymi ani organizacyjnymi przedsiębiorstwa posiadającymi wartość gospodarczą ani innymi. Ich ujawnienie nie naraziłoby na szkodę przedsiębiorcy.

Utajnienie tych elementów sprowadza się jedynie do tego, że Wykonawca może wprowadzić w błąd Zamawiającego np. próbując twierdzić, że sam fakt zatrudnienia osoby niepełnosprawnej w stopniu umiarkowanym (a więc średnim) - powoduje, że będzie otrzymywał „za darmo”, „dodatkowo” jakieś środki z PFRON. Takie twierdzenie jest wprowadzeniem w błąd i to umyślnym, nakierowanym na oszukanie Zamawiającego co do rzeczywistej kalkulacji oferty w tym zakresie.

Również ogólne twierdzenia o „zatrudnianiu osób niepełnosprawnych” - są niewystarczające do wykazania, że nie złożono rażąco niskiej ceny. Bez konkretyzacji w tym zakresie wyjaśnienia są bezwartościowe.

Należy również podkreślić, że wykonawca poprzez utajnienie wyjaśnień usiłuje ukryć poszczególne aspekty wykonania zamówienia :

- jeśli Wykonawca Impel korzysta z dofinansowania dla zatrudnienia osób niepełnosprawnych, to w jakiej wysokości jest to dofinansowanie
- Jak wykonawca Impel wyjaśnił skalkulowaną na tak niskim poziomie cenę mycia okien, bo, jak wynika z formularza cenowego, dał 1 zł za m² za samo mycie okien, i również 1 zł za dwie usługi : mycie okien i mycie żaluzji. Jak wynika z naszej wiedzy, ceny rynkowe tej usługi są znacznie wyższe.

Wyjaśnienia nie zweryfikowane przez innych Wykonawców - stanowią łatwy instrument do manipulacji Zamawiającym.

Uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny wykonawcy Impel jest niezwykle ogólne, nie skonkretyzowane do przedmiotowego zamówienia; ze względu na jego ogólny charakter analogiczne uzasadnienie mogłoby być opisane przez każdego wykonawcę i mogłoby dotyczyć nie tylko usług sprzątanía, ale również innych usług, a nawet dostaw lub robót budowlanych.

Wykonawca nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji - w przypadku przedmiotowego zamówienia - tj. usługi sprzątanía - sposób kalkulacji oferty wynika z wymagań SIWZ, w szczególności dotyczących minimalnej struktury zatrudnienia (przyjętych kosztów pracowniczych, których wysokość nie może być niższa niż wynikająca z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę) i posiadania przez wykonawcę niezbędnego sprzętu i środków czystości; Wykonawca nie wykazał szkody, jaka wiąże się z ujawnieniem zastrzeżonych danych.

Wykonawca nie wykazał, że podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji - nie przedstawił na tę okoliczność żadnych dowodów - m.in. nie wykazał, że zawarł z pracownikami umowy o zachowaniu poufności - nie załączono żadnej kopii umowy ani chociażby fragmentu umowy z klauzulą poufności;

Wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone dane są chronione również przez jego kontrahentów, w tym dostawców sprzętu i środków czystości.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu”

1. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Impel w części A;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w części A;
3. odtajnienia wyjaśnień z dnia 22.05.2018 r. wykonawcy Impel w sprawie rażąco niskiej ceny;
4. odrzucenia oferty wykonawcy Impel w części A.
5. dokonania wyboru Odwołującego w A w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. W odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosil o jego oddalenie.

Odnosnie interesu prawnego i wpływu na wynik postępowania zauważał, że zarzut rażąco niskiej ceny mógłby być postawiony w oparciu o formularz cenowy. W takim kontekście ewentualne uwzględnienie zarzutu zaniechania odtajnienia wyjaśnień nie ma wpływu na wynik postępowania. Wskazywał, że nie ma zasady jawności wyjaśnień, zależy to od okoliczności danej sprawy.

Oświadczył, do ofert należało załączyć szczegółowe formularze cenowe, Odwołujący nie żądał innych ofert, a więc nie zna relacji pomiędzy poszczególnymi pozycjami formularza cenowego w złożonych ofertach. Najistotniejsze dla obliczenia ceny były pozycje 1 i 6, natomiast pozycja 6 została wyceniona wyżej w ofercie Przystępującego, niż w ofercie Odwołującego.

Koszty osobowe zostały w pełni wykazane w wyjaśnieniach Przystępującego, nie ukryto żadnych dodatkowych kosztów. Koszt wyposażenia sprzętowego i koszt środków chemicznych został oceniony przez Zamawiającego jako tajemnica przedsiębiorstwa ponieważ ma wartość gospodarczą. Nie ma znaczenia, że wyliczenie jest jednostkową kalkulacją, ponieważ usługa jest cykliczna. Przywołał orzeczenie KIO 197/2018, z którego wynika, że czynniki cenotwórcze mogą mieć wartość gospodarczą.

Zwracał uwagę, że w swojej kalkulacji Odwołujący zawyżył ilość etatów przyjmując jednakową ilość etatów przez cały okres trwania umowy bez uwzględnienia sezonowości co spowodowało zawyżenie kosztu wykonywania usługi.

Odwołujący jest zakładem pracy chronionej, dlatego ponosi dodatkowe koszty zatrudnienia osób niepełnosprawnych co nie oznacza, że inne podmioty działają na identycznych zasadach.

Wpływ na kalkulację ceny miała wizja lokalna, którą przeprowadziło tylko dwóch wykonawców. Ani Odwołujący, ani Przystępujący nie uczestniczyli w wizji lokalnej, natomiast Przystępujący jest obecnym wykonawcą usługi, dlatego zna obszar jej wykonywania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Impel Facility Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu których oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Izba z urzędu bada, czy Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania. Zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba ustaliła, co następuje:

Jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych jest wynikająca z art. 8 ust. 1 Prawa zamówień publicznych zasada jawności postępowania, z tym, że zgodnie z art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę

przedsiębiorstwa. W niniejszym postępowaniu Przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnienia z dnia 22 maja 2018 r., będące odpowiedzią na wezwanie Zamawiającego z dnia 18 maja 2018 r., skierowane do Przystępującego na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Prawa zamówień publicznych. Po otrzymaniu wyjaśnień Zamawiający uznał ofertę Przystępującego za najkorzystniejszą, a więc podstawą do podjęcia tej decyzji była m.in. analiza wyjaśnień Przystępującego. Skoro Zamawiający biorąc pod uwagę wyjaśnienia Przystępującego uznał, że oferta Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny, to Odwołujący ma prawo zapoznać się z wyjaśnieniami (o ile nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa) i następnie – w zależności od wyniku analizy wyjaśnień – podnosić zarzut rażąco niskiej ceny. Powyższe potwierdza interes Odwołującego we wniesieniu rozpatrywanego odwołania, w którym Odwołujący domaga się ujawnienia wyjaśnień złożonych przez Przystępującego.

Konkludując, Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucał naruszenie art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odtajnienia zastrzeżonych w całości wyjaśnień Przystępującego w sprawie rażąco niskiej ceny, pomimo że wyłącznie niektóre informacje zawarte w wyjaśnieniach mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także poprzez zaniechanie odtajnienia bezzasadnie zastrzeżonych wyjaśnień w sprawie wyliczenia ceny, pomimo że Przystępujący nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W zakresie rozpatrywanych zarzutów Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 18 maja 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Prawa zamówień publicznych, do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Przystępujący odpowiedział w dniu 22 maja 2018 r., składając pismo wraz z załącznikami. Załączniki zawierały informacje o udzielonych rabatach, faktury za środki czystości, wykazy posiadanego sprzętu. Całość wyjaśnień Przystępujący określił jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W wyjaśnieniach podał szereg informacji o różnym stopniu konkretyzacji: powołał się m.in. na korzystne warunki zakupu środków chemicznych, posiadane 25-letnie

doświadczenie, przedstawił tabelę nr 1 „Zestawienie kosztów”, zawierającą kalkulację szczegółową z uwzględnieniem marży i zysku, wypracowaną technologię sprzątnia (bez szczegółowego opisu jej unikalności), posiadanie na terenie województwa mazowieckiego wszystkich struktur oddziału, globalne spojrzenie na całokształt usługi. Przystępujący podał, że podane informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, oświadczył, że podjął „systemowe rozwiązania zabezpieczające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa przed ich ujawnieniem, polegające m.in. na odpowiedniej organizacji zespołów projektowych (...)”. Podał, że „utajnione informacje mają wartość gospodarczą”, a „rozwiązania i sposób kalkulacji usługi mają charakter indywidualny, niepowtarzalny”, a „podmioty konkurencyjne mogą osiągnąć korzyść majątkową w związku z poznaniem rozwiązania i sposobu kalkulacji oferowanego przez Wykonawcę”.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że odwołanie należy uwzględnić. W ocenie Izby Przystępujący nie zastrzegł skutecznie w złożonych wyjaśnieniach tajemnicy przedsiębiorstwa odnośnie do całości wyjaśnień, dlatego Zamawiający jest zobowiązany do ich ujawnienia.

Zgodnie z będącym podstawą odwołania przepisem art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przepis ten stosuje się odpowiednio do innych dokumentów składanych w postępowaniu – wykonawca może złożyć wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i równocześnie wykazać, że informacje zawarte w wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z uwagi na fakt, że jawność postępowania jest jedną z naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych, o czym wspomniano wyżej, dla uznania skuteczności zastrzeżenia informacji jako niejawnych konieczne jest równoczesne wykazanie przez wykonawcę, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Zatem, jeżeli wykonawca składając wyjaśnienia nie wykaże, że zawarte tam informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie ma podstaw do ich nieujawniania. Zdaniem składu orzekającego, w niniejszym postępowaniu Przystępujący nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przystępujący uzasadnienie zastrzeżenia informacji podanych w wyjaśnieniach jako tajemnicy przedsiębiorstwa odniósł globalnie do wszystkich informacji zawartych w wyjaśnieniach, bez względu na stopień konkretyzacji informacji (25-letnie doświadczenie, kalkulacja szczegółowa z uwzględnieniem marży i zysku, wypracowana technologia sprzątnia, posiadanie na terenie województwa mazowieckiego wszystkich struktur oddziału). W rezultacie choć Przystępujący formalnie

spełnił przesłankę skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (tzn. równocześnie z wyjaśnieniami zastrzegł, że nie mogą być ujawniane, i podał ku temu uzasadnienie), to Izba nie mogła stwierdzić, że Przystępujący skutecznie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przystępujący poza ogólnikowymi stwierdzeniami, nie odnoszącymi się do konkretnych informacji, podanych w wyjaśnieniach, nie uzasadnił w sposób przekonujący, że zastrzeżenie poufności przedstawionych informacji jest uwarunkowane rodzajem i charakterem informacji zawartych w wyjaśnieniach. Przykładowo, Przystępujący nie podał, dlaczego 25-letnie doświadczenie czy świadczenie usług na terenie województwa mazowieckiego zalicza się do informacji, co do których podjął środki zabezpieczające przed ich ujawnieniem. Odnośnie kalkulacji ceny, sama okoliczność, że jest ona zindywidualizowana dla danego postępowania, nie uzasadnia w ocenie Izby konieczności zachowania jej w poufności. Wykonawca powinien podać, które składniki kalkulacji ceny stanowią dla niego istotną wartość gospodarczą i dlaczego. Sformułowanie jedynie ogólnego oświadczenia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa, odnoszącego się do wszystkich złożonych informacji, nie stanowi merytorycznej przesłanki uzasadniającej ochronę przed ujawnieniem podanych informacji.

Reasumując, Izba stwierdziła, Przystępujący nie wykazał skutecznie, że wyjaśnienia z dnia 22 czerwca 2018 r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Równocześnie Izba nie nakazała odtajnienia załączników do wyjaśnień, zawierających szczegółowe informacje (m.in. wysokość udzielonych rabatów, ceny konkretnych środków czystości), czego zresztą Odwołujący się nie domagał.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych przez uniemożliwienie Odwołującemu zapoznania się z wyjaśnieniami Przystępującego w sprawie rażąco niskiej ceny, co może mieć wpływ na wynik postępowania. Dlatego orzeczono jak w sentencji, nakazując powtórzenie badania i oceny ofert w części A postępowania, i odtajnienie pisma wykonawcy Impel Facility Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu z dnia 22 maja 2018 r., zawierającego wyjaśnienia odnośnie ceny oferty, bez ujawniania wartości podanych w tabeli nr 1 „Zestawienie kosztów” dla marży i zysku wykonawcy oraz bez ujawniania załączników do przedmiotowego pisma.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.972).

Przewodniczący:

.....