

Sygn. akt: KIO 1976/13

WYROK
z dnia 28 sierpnia 2013

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 sierpnia 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2013 r. przez **wykonawcę**: Aspen sp. z o.o.; 31-222 Kraków; ul. Bularnia 5 w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego**: Uniwersytet Jagielloński - Collegium Medicum; 31-531 Kraków ul. Grzegórzecka 20

przy udziale wykonawcy EVER Grupa sp. z o.o. ul. Arkuszowa 39, 01-934 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o Sygn. akt: KIO 1976/13 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty po uprzednim wykluczeniu z postępowania wykonawcy wybranego to jest przystępującego po stronie zamawiającego.

2. kosztami postępowania obciąża Uniwersytet Jagielloński - Collegium Medicum; 31-531 Kraków ul. Grzegórzecka 20

i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Aspen sp. z o.o.; 31-222 Kraków; ul. Bularnia 5 tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Uniwersytet Jagielloński - Collegium Medicum; 31-531 Kraków ul. Grzegórzecka 20 na rzecz Aspen sp. z o.o.; 31-222 Kraków; ul. Bularnia 5 kwotę 15.000 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Pismem z dnia 12 sierpnia 2013r. odwołujący wniósł odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy EVER GRUPA Sp. z o.o. oraz wyboru oferty EVER GRUPA Sp. z o.o. zwanej dalej „Wykonawcą wybranym” jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych zwanej dalej „ustawą”:

1. Art.24 ust.2 pkt 4 w związku z art.26 ust.3 ustawy poprzez nie wykluczenie z postępowania wykonawcy w związku z uwzględnieniem powtórnego uzupełnienia dokumentów przy ocenie ofert poprzez wezwanie do wyjaśnień;
2. Art.89 ust.1 pkt 5 w związku z art.24 ust.2 pkt 4 i ust.4 z powodu okoliczności przedstawionych powyżej;
3. Art.89 ust.1 pkt 2 poprzez nie odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści siwz (specyfikacji istotnych warunków zamówienia);
4. 90 ust.1, ust.2 i ust.3 poprzez dokonanie błędnej i nieobiektywnej oceny wyjaśnień wykonawcy wybranego w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
5. Art. 89 ust.1 pkt 4 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego, która zawiera cenę rażąco niską;
6. Art.91 ust.1 poprzez dokonanie wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej;
7. Art.7 ust.1 poprzez nie odtajnienie powtórnych wyjaśnień wykonawcy wybranego w zakresie elementów mających wpływ na wysokość ceny.

W związku z powyższym na podstawie art. 192 ust.3 pkt 1 ustawy zamawiający wniósł o:

1. Unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
3. Wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu przedstawiono okoliczności następująco.

W dniu 1 sierpnia 2013r. zamawiający ogłosił wyniki przetargu na sprzątnięcie Collegiom Medicum i dokonał wyboru wykonawcy, który jest przystępującym w niniejszym postępowaniu po stronie zamawiającego.

Pismem z dnia 18 lipca 2013r. zamawiający na podstawie art.26 ust.3 ustawy wezwał wykonawcę wybranego to jest EVER GRUPA sp. z o.o. do potwierdzenia należytego wykonania usługi sprzątnięcia w Ministerstwie Finansów. Odwołujący w tym zakresie podziela

stanowisko zamawiającego, ponieważ protokół za miesiąc maj 2013r. nie może potwierdzać należytego wykonania usługi za okres co najmniej 12 miesięcy. Wykonawca wybrany spełniając wezwanie zamawiającego doręczył kolejne protokoły łącznie 8 sztuk potwierdzających wykonanie usługi każdy za jeden miesiąc w okresie od lutego 2011r. do maja 2013r. W ocenie odwołującego taka sytuacja kwalifikowała wykonawcę wybranego do wykluczenia z postępowania z powodu nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ponieważ zamawiający spełnił wymóg wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu z art.26 ust.3 ustawy.

W zaistniałym stanie rzeczy odwołujący nie akceptuje dalszych czynności zamawiającego w stosunku do wykonawcy wybranego a sprowadzających się do wystąpienia w trybie art.26 ust.4 ustawy t.j. o wyjaśnienie dlaczego nie zostały załączone dowody należytego wykonania umowy za cały jej okres to jest za 29 miesięcy a tylko za 8 wybranych miesięcy.

Również odwołujący uważa za bezprzedmiotowe dla rozstrzygnięcia sprawy wyjaśnienie wykonawcy wybranego z którego wynika, że wybrane 8 miesięcy świadczy o należyтым wykonywaniu usługi oraz załączone do wyjaśnienia referencje potwierdzające należyte wykonanie umowy na rzecz Ministerstwa Finansów od roku 2002.

Odwołujący podnosi, że dostarczenie przy piśmie z dnia 26 lipca 2013r. powyżej wymienionych referencji z dnia 8 lipca 2013r. powinno być nie uwzględnione przez zamawiającego przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jako doręczone po terminie to jest pierwotnym wezwaniu z dnia 18 lipca 2013r. do uzupełnienia dokumentów.

W ocenie odwołującego skoro zamawiający wezwał do wyjaśnienia to wykonawca wybrany nie miał prawa do uzupełnienia dokumentów, w sytuacji bezskutecznego wyczerpania procedury uzupełnienia dokumentów. Zaistniała sytuacja po stronie wykonawcy wybranego powinna spowodować jego wykluczenie z postępowania.

Kolejny zarzut sprecyzowany przez odwołującego pod adresem zamawiającego to sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ (Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia) w zakresie potencjału technicznego przy uwzględnieniu przedmiotu zamówienia, który obejmuje między innymi okresowe pranie firanek w wyszczególnionych w SIWZ obiektach zamawiającego. Zgodnie z SIWZ wykonawca składający ofertę miał obowiązek na formularzu stanowiącym wzór załącznika nr 6 do SIWZ przedstawić Wykaz maszyn i urządzeń, którymi wykonywana będzie usługa sprzątnia. Okoliczność nie przedstawienia w Wykazie urządzenia służącego do prania firanek odwołujący zakwalifikował jako sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ, co powinno spowodować odrzucenie oferty wykonawcy wybranego.

Kolejny zarzut pod adresem zamawiającego to wybór oferty z rażąco niską ceną. Odwołujący zwrócił uwagę na szereg nieścisłości w złożonych wyjaśnieniach, które nie były objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Nieścisłości dotyczą: w Wykazie osób do oferty wykonawca wybrany wskazał 18 osób a w wyjaśnieniach do ceny oferty wskazał 17 osób, nie wskazał kosztów osób nadzorujących pracę personelu, pominął obiekty administracyjne co wynika z przypisania poszczególnych pracowników do poszczególnych obiektów. Poza tym przedstawione koszty nie obrazują podziału kosztów na elementy mające zasadnicze znaczenie do oceny realności kosztów to jest takich kosztów jak odzież robocza, środki chemiczne, środki higieny czy worki na odpady. Powyższe w ocenie odwołującego sugeruje, że miesięczne koszty realizacji usługi zostały skalkulowane nieprawidłowo. W ocenie odwołującego, wykonawca wybrany wezwany przez zamawiającego do wyjaśnień sztucznie zaniżył koszty wykonania usługi a zaoferowana cena nie daje gwarancji realizowania usługi w sposób należyty i nosi znamiona ceny rażąco niskiej.

Zarzut nieuzasadnionego utajnienia treści złożonych wyjaśnień przez wykonawcę wybranego odnoszących się do podejrzenia rażąco niskiej ceny. Według odwołującego, zamawiający nie ma prawa uwzględnić wniosku o utajnienie wyjaśnień odnoszących się do informacji, danych wcześniej nie utajnionych, a w szczególności nie ma prawa utajniać kolejnych wyjaśnień w sytuacji nie utajnienia wcześniej udzielonych wyjaśnień w danej sprawie. Natomiast odwołujący spotkał się z odmową zamawiającego udostępnienia udzielonych kolejnych (drugich) wyjaśnień w zakresie objętym rażąco niską ceną.

W tym stanie rzeczy odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

Pismem z dnia 13 sierpnia 2013r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca wybrany poprzez pełnomocnika spółki EVER Grupa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zwany dalej „Przystępującym”

W dniu 26 sierpnia 2013r. pełnomocnik przystępującego przedstawił stanowisko w sprawie, które poparł na rozprawie.

W piśmie tym przyznano, że zamawiający wezwał wykonawcę wybranego do uzupełnienia dokumentów w trybie art.26 ust.3 ustawy poprzez „uzupełnienie dowodów potwierdzających, że powyższa usługa została wykonana lub jest wykonywana należycie”. Pełnomocnik stwierdza brak doprecyzowania wezwania, w szczególności przez nie wskazanie jakie dodatkowe dokumenty i w jakim zakresie uzna za potrzebne w celu wykazania należytego świadczenia usługi, pomimo wskazania w wezwaniu otrzymania protokołu odbioru usługi za miesiąc maj 2013r.

Przystępujący wskazuje, że zamawiający przez nieprecyzyjny charakter wezwania w trybie art.26 ust.3 ustawy zmusił go do samodzielnego ustalenia jakie dokumenty ma dostarczyć i

wybrał osiem dalszych protokółów miesięcznych odbiorów usługi sprzątania za poprzedzające złożenie oferty 12 miesięcy. Biorąc pod uwagę treść wezwania zamawiającego i zasadę proporcjonalności wynikającą z treści art. 22 ust.4 ustawy w ocenie przystępującego nie ma potrzeby przedstawiania protokołu za każdy miesiąc wykonania usługi. Wobec braku precyzyjności wezwania nie było potrzeby przedstawiania wszystkich protokółów wykonania usługi.

W piśmie z dnia 26 lipca 2013r. przystępujący wyjaśnił zamawiającemu, dlaczego przedłożone protokoły stanowią dowód należytego wykonania usługi. Do wyjaśnień przystępującego zamawiający przychylił się w dalszym toku postępowania odwoławczego. Ponadto odwołujący podkreśla, że dołączenie referencji z dnia 8 lipca 2013r. nawet bez wezwania zamawiającego, powinno być uwzględnione przez zamawiającego przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, chociaż protokoły dostarczone również w wystarczający sposób potwierdzają należyte wykonanie usługi.

Ponadto dowołujący na poparcie swojej argumentacji przywołał §5 ust.5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów jakich zamawiający może żądać od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013r. poz.231) zgodnie z którym „gdy z poświadczenia lub innego dokumentu wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie, zamawiający może zwrócić się do, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane”.

Reasumując ten część wystąpienia przystępujący stwierdza, że istotne jest rzeczywiste spełnienie kryteriów udziału w postępowaniu.

Co do zarzutu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w związku z wykazem narzędzi i sprzętu przy pomocy, którego wykonywana będzie usługa to wykaz ma potwierdzać sprzęt, którym dysponuje wykonawca na dzień sporządzenia oferty, a nie na czas kiedy będzie wykonywał usługę. Fakt nie posiadania pralki do prania firan, którą można nabyć od ręki za kilkaset złotych nie może stanowić okoliczności dyskwalifikującej złożoną ofertę przez przystępującego. W ocenie przystępującego właściwie interpretując postanowienia SIWZ należało w ofercie wskazać najbardziej istotne to jest specjalistyczne narzędzia jakimi dysponuje wykonawca, a nie wszelkiego rodzaju narzędziami takimi jak np.: mopy czy ścierki.

Co do zarzutu rażąco niskiej ceny to przystępujący podniósł w szczególności.

Co do tego zarzutu to zgodnie z obowiązującym rozkładem ciężaru dowodowego, to obowiązkiem odwołującego było udowodnienie zaoferowania ceny poniżej kosztów. Odwołujący w tym zakresie nie przedstawił żadnych dowodów.

Swoje stanowisko odwołujący opiera na krytyce przedłożonej na wezwanie zamawiającego w dniu 22 lipca 2013r. kalkulacji kosztów miesięcznych, które nazywa lakonicznymi. Na

kolejne wezwanie zamawiającego w dniu 26 lipca 2013r. przystępujący w jego ocenie przedstawił precyzyjne zestawienie kosztów, które przekonały zamawiającego co do realności kosztów. Natomiast odwołujący na poparcie swojego twierdzenia nie przywołuje żadnych dowodów, nie przedstawia własnych wyliczeń, ani nie kwestionuje prawidłowości poszczególnych kwot wskazanych przez przystępującego w wyjaśnieniach z dnia 22 lipca 2013r. Odwołujący zamierza doprowadzić przez swoje zarzuty do poznania tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie organizacji pracy, źródeł zaopatrzenia itd. Przy czym przystępujący wskazał, że ceny odwołującego i przystępującego różnią się tylko o 5 procent co w skali miesiąca daje niespełna 3 tysiące złotych (9 55.980,21 oraz 58.877,81 złotych). Tak niska różnica cen przy uwzględnieniu takich różnicujących okoliczności jak: koszty zakupów środków czyszczących, koszty amortyzacji sprzętu lub ich brak, organizacja pracy, korzystanie z preferencyjnych form zatrudnienia czy wreszcie marża, powoduje konstatacje czy rzeczywiście zachodziło podejrzenie rażąco niskiej ceny.

Co do podnoszonych nieścisłości w przedstawionej kalkulacji czy to z ofertą przystępującego, czy to z wymaganiami zamawiającego.

Pominięcie wyszczególnienia w kalkulacji pozycji budynku administracyjnego nie oznacza pominięcia obsługi budynku w kalkulacji kosztów. To samo odnosi się do pominięcia jednego pracownika w kalkulacji kosztów w stosunku do Wykazu stanowiącego załącznik do oferty. Co do nadzoru to nie ma zakazu aby pracownik wykonujący pracę nie miał powierzonego nadzoru lub też nadzór był wykonywany przez personel zarządzający. Również pranie firanek czy mycie okien nie wymaga dodatkowych pracowników.

Co do zarzutu utajnienia wyjaśnień przystępującego z dnia 26 lipca 2013r.

Przede wszystkim wskazując na regulację zawartą w art.11 ust.4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) zwanej dalej „UZNK” to nie wynika z niej, że jeżeli wcześniej wyjaśniając pewne informacje nie zastrzeżono tajemnicy to nie można na późniejszym etapie wyjaśnień zastrzec tajemnicy. Bowiem w ocenie przystępującego to charakter informacji decyduje o prawie do ich utajnienia a nie okoliczność, że przedtem informacji czy wyjaśnień do tych informacji nie utajniono. Przystępujący wskazuje, że wyjaśnienia do co podejrzenia rażąco niskiej ceny z dnia 26 lipca b.r. są bardziej szczegółowe w stosunku do informacji podanych w wyjaśnieniach z dnia 22 lipca b.r. W związku z tym, że wskazują na organizację pracy to przystępujący ma prawo je utajnić, jako chronione informacje mające wartość gospodarczą. Przystępujący również przywołuje okoliczność, że zamawiający w dniu 7 sierpnia b.r. zażądał wyjaśnień co do przyczyn zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Dopiero po wyjaśnieniach przystępującego w piśmie z dnia 08.08.2013r. zamawiający uwzględnił zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przystępujący wnosi o oddalenie odwołania jako w całości niezasadnego.

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Izba ustaliła

Odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art.189 ust.2 ustawy.

Odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy.

Na rozprawie Izba przeprowadziła dowody z następujących dokumentów w oparciu o które dokonała ustaleń jak poniżej:

1. Z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia ustalono: Wartość zamówienia została ustalona na kwotę netto: 4.139.396,72 zł. w tym wartość zamówień uzupełniających na kwotę: 1.182.684,78 zł. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30.05.2013r. pod poz.2013/S 103-176529. W postępowaniu złożono 5 ofert. Oferty odwołującego i przystępującego są ofertami z najniższymi cenami stanowiącymi o wyborze najkorzystniejszej oferty (odwołujący:2.826.135,12zł. i przystępujący wykonawca wybrany:2.687.050,16 zł.).
2. Ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) i Ogłoszenia o zamówienia – pkt 5.1 lit. a SIWZ wynika, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien wykazać się następującym doświadczeniem: wykonał co najmniej 2 usługi w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert , a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, porównywalnych z przedmiotem zamówienia to jest usług sprzątania w budynkach, gdzie powierzchnia przeznaczona do sprzątania wynosiła co najmniej 13 tysięcy metrów kwadratowych przez okres co najmniej 12 miesięcy, o wartości nie mniejszej niż 3 miliony każde zamówienie brutto. W celu potwierdzenia spełnienia warunku wykonawca miał załączyć do oferty Wykaz wykonanych usług, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług, w okresie ostatnich trzech lat z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania, podmiotów na rzecz których zostały wykonane usługi oraz załączeniem dowodów czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie;
3. Z oferty przystępującego to jest wykonawcy wybranego z Wykazu wykonanych usług i Protokołu wykonania prac to jest z części Wykazu i referencji nie utajnionych wynika: Wykaz usług na rzecz Ministerstwa Finansów w okresie od 01.02.2011do 31.01.2014r. oraz protokół potwierdzający należyte wykonanie za miesiąc maj 2013r. druga pozycja objęta tajemnicą przedsiębiorstwa i nie wchodząca w zakres sporu;
4. Pisma z dnia 16 lipca 2013r. do przystępującego w sprawie rażąco niskiej ceny z treści tego pisma: wzywa Państwa do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia czy złożona oferta zawiera

- rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, ocena spełnienia zarzutu rażąco niskiej ceny zamawiający będzie dokonywał w oparciu o standardy ustawowe;
5. Pismo przystępującego z dnia 22 lipca 2013r. zawierające między innymi protokoły wykonania usługi sprzątnięcia dla Ministerstwa Finansów – 8 sztuk – maj 2013, styczeń 2013; lipiec 2012, kwiecień 2012, marzec 2012, luty 2011, kwiecień 2011, październik 2011r.;
 6. Wezwanie zamawiającego z dnia 18 lipca 2013r. o treści: do Państwa oferty w celu potwierdzenia należytego wykonania usługi sprzątnięcia w Ministerstwie Finansów został załączony protokół wykonania usługi tylko za miesiąc maj 2013r. Brak jest dowodów potwierdzających należyte wykonanie usługi w pozostałym okresie wykonywania przedmiotowej usługi;
 7. Pismo z dnia 22.07.2013r. przystępującego na okoliczność ceny oferty z podaniem elementów składowych ceny ofertowej z uwzględnieniem kosztów zatrudnienia; kosztów środków chemicznych, amortyzacji maszyn i urządzeń, kosztów ogólnozakładowych i zysku.
 8. Wezwanie przystępującego z dnia 24 lipca 2013r. w związku z otrzymanymi wyjaśnieniami z dnia 22 lipca 2013r. zamawiający nie otrzymał szczegółowych elementów oferty w tym: kosztów pracowniczych, które stanowią 54% całkowitych kosztów miesięcznych; zamawiający oczekiwał podania kosztów miesięcznych z przeliczeniem na jednego pracownika w tym kosztów ZUS ponoszonych przez zakład, przez pracownika jak również wysokość podatku dochodowego, zobowiązano do podania kosztu związanego z prowadzeniem zakładu pracy chronionej i jego wpływu na koszty prowadzenia działalności.
 9. Pisma zamawiającego z dnia 25 lipca 2013r. w trybie art.26 ust. 4 ustawy w celu wykazania wymogu pkt 5 lit. a SIWZ w zakresie referencji za usługę co najmniej przez 12 miesięcy. „W związku z faktem, iż w ofercie zadeklarowali Państwo wykonywanie przedmiotu zamówienia od dnia 01.02.2011r. do dnia obecnego, Zamawiający prosi o wyjaśnienie, dlaczego nie zostały załączone do oferty dowody potwierdzające należyte wykonanie przedmiotu zamówienia za wszystkie 29 miesięcy wykonywania umowy, a tylko za 8 wybranych miesięcy;
 10. Pismo przystępującego z dnia 26 lipca 2013r. odpowiedź na wezwanie z dnia 25 lipca 2013r. wyjaśniające, że usługa na rzecz Ministerstwa Finansów była wykonywana należycie. Do pisma załączono również referencje Ministerstwa Finansów z datą 07.08.2013r.
 11. Pismo przystępującego z dnia 26 lipca 2013r. odpowiedź na wezwanie zamawiającego z dnia 24.07.2013r. Pismo zawiera informacje zastrzeżone i obejmuje informacje na temat: koszty zatrudnienia netto, ilość osób o stopniu

niepełnosprawności zatrudnionych na umowę o pracę, podział kwoty wynagrodzenia, kwoty dofinansowania z tytułu zatrudnienia osób niepełnosprawnych, koszt i ilość umów cywilnoprawnych z ich podziałem na części składowe;

12. Zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej pismo z dnia 01.08.2013r.
13. Pisma zamawiającego z dnia 7 sierpnia 2013r. wezwanie do wyjaśnienia zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.
14. Odpowiedzi przystępującego z dnia 8 sierpnia 2013r. w sprawie uzasadnienia utajnienia informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa (szczegółowe kosztorysy i struktura zatrudnienia stanowią know-how).

Izba zważyła

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Jednym z zarzutów odwołania naruszenia przepisów ustawy było nie spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę wybranego.

Zamawiający w SIWZ określił warunek doświadczenia zawodowego, który sprowadzał się do wymogu wykonania lub wykonywania podobnej usługi do przedmiotu zamówienia czyli sprzątnięcia budynków co najmniej przez 12 miesięcy. Jednocześnie zamawiający wymagał wykazania przez wykonawcę należytego wykonania usługi.

Wykonawca, którego zamawiający wybrał jako oferującego najkorzystniejszą ofertę przedstawił usługę sprzątnięcia na rzecz Ministerstwa Finansów. Z Wykazu usług wynika, że sprzątnięcie jest wykonywane od m-ca lutego 2011r. do dnia dzisiejszego i ma trwać do 2014r. Wykonawca wybrany a w tym postępowaniu również jako przystępujący po stronie zamawiającego, do oferty przedstawił jeden dowód na potwierdzenie należytego wykonania usługi to jest protokół za jeden miesiąc (maj 2013r.). Oczywistym było więc, że zamawiający skorzystał z trybu przewidzianego w art.26 ust.3 ustawy i wezwał do udowodnienia należytego wykonania umowy co uczynił formułując swoje oczekiwanie wobec wykonawcy następująco: "do Państwa oferty w celu potwierdzenia należytego wykonania usługi sprzątnięcia w Ministerstwie Finansów został załączony protokół wykonania usługi tylko za miesiąc maj 2013r. Brak jest dowodów potwierdzających należyte wykonanie usługi w pozostałym okresie wykonywania przedmiotowej usługi". Pismo to zawiera jednoznaczne i proste stwierdzenie, a mianowicie, że brak jest dowodu należytego wykonania usługi w pozostałym okresie jej wykonywania. Logicznym wydaje się, że skoro wykonawca posługuje się doświadczeniem trwającym od 01.02.2011r. a przedstawia dowód należytego wykonania

usługi za 1 miesiąc to brak jest dowodów za pozostały okres wykonywania usługi to jest za kolejne miesiące począwszy od 01.02.2011r. do kwietnia 2013r. Słusznie zamawiający w piśmie skierowanym do wykonawcy po zastosowaniu trybu art.26 ust.3 żąda wyjaśnień w trybie art.26 ust.4 ustawy, dlaczego skoro umowa trwa już 29 miesięcy otrzymał protokoły potwierdzające należyte wykonanie usługi łącznie za 9 miesięcy to jest przy ofercie za 1miesiąc a na wezwanie do uzupełnienie za kolejne 8 miesięcy. Wykonawca wybrany dopiero na zastosowany tryb z art.26 ust.4 ustawy doręcza opinię z dnia 8 lipca 2013r. z datą sprzed terminu składania ofert potwierdzającą, że usługi są należycie wykonywane od 2002r. Zamawiający w tej sytuacji uznał należyte wykonanie usługi za dowiedzione i wybrał tego wykonawcę jako przyszłego świadczeniodawcę na jego rzecz w zakresie przedmiotowego zamówienia. Natomiast wybór wykonawcy zaskarżył odwołujący, który w rankingu ofert posiada drugą pozycję, a co w przypadku uwzględnienia odwołania daje jemu szansę uzyskania zamówienia. Zakwestionował on między innymi spełnienie przez wybranego wykonawcę warunku udziału w zakresie doświadczenia zawodowego.

W ocenie Izby zarzut jest uprawniony, ponieważ wykonawca co prawda ostatecznie wykazał należyte wykonanie usługi ale nie w czasie wyznaczonym przez zamawiającego tylko po jego upływie. Bowiem nastąpiło to nie w czasie wyznaczonym w związku z zastosowaniem przez zamawiającego trybu z art.26 ust.3 ustawy tylko dopiero przy zastosowaniu trybu z art.26 ust.4 ustawy w związku z bezskutecznością trybu z art.26 ust.3 ustawy. Izba nie może usprawiedliwić spóźnienia czasowego urlopem pracownika zamawiającego, który miał potwierdzić należyte wykonanie usługi, o czym wspomina wykonawca wybrany w piśmie stanowiącym odpowiedź na wezwanie w trybie art.26 ust.4 ustawy. Zresztą ze strony wykonawcy wybranego nie było wniosku o zmianę terminu doręczenia dowodu w terminie wyznaczonym przez zamawiającego w trybie art.26 ust.3 ustawy.

Reasumując Izba nie znajduje podstaw ani w stanie faktycznym sprawy, ani w stanie prawnym do uznania, iż wykonawca wybrany w wyznaczonym terminie przez zamawiającego wykazał należyte wykonanie usługi. Natomiast konwalidowanie obowiązku wykazania należytego wykonania usługi, wobec bezczynności wykonawcy, nie może nastąpić tak jak to sugeruje i w odwołaniu, i na rozprawie przystępujący poprzez zastosowanie § 5 ust.5 powyżej zacytowanego rozporządzenia PRM z 19 luty 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów(...), ponieważ przepis ten czemu innemu służy.

Również w ocenie Izby nie znajduje usprawiedliwienia argumentacja wykonawcy wybranego a w niniejszym postępowaniu odwoławczym przystępującego po stronie zamawiającego, wskazująca na nieprecyzyjność wezwania do uzupełnienia dokumentu w trybie art.26 ust.3 ustawy. Zamawiający w ocenie Izby wyraził się jasno, że wykonawca nie przedstawił dowodu należytego wykonania usługi za pozostały czas jej wykonywania cytuję „do Państwa oferty w celu potwierdzenia należytego wykonania usługi sprzątnięcia w Ministerstwie Finansów został

załączony protokół wykonania usługi tylko za miesiąc maj 2013r. Brak jest dowodów potwierdzających należyte wykonanie usługi w pozostałym okresie wykonywania przedmiotowej usługi”.

Reasumując zarzut naruszenia art.24 ust.2 pkt 4 w związku z art.26 ust.3 ustawy poprzez nie wykluczenie z postępowania wykonawcy w związku z uwzględnieniem powtórnego uzupełnienia dokumentów przy ocenie ofert poprzez wezwanie do wyjaśnień, potwierdził się. W związku z powyższym odwołanie zasługuje na uwzględnienie na podstawie art.192 ust.2 ustawy, ponieważ wskazane naruszenie przepisów ustawy ma wpływ na wynik postępowania a co wyraża się w uzyskaniu zamówienia przez odwołującego.

Dalsze zarzuty odwołującego to jest naruszenia art.89 ust.1 ust.2 ustawy poprzez sprzeczność treści oferty w zakresie sprzętu do wykonywania usługi to jest prania firan z treścią SIWZ nie potwierdził się. Bowiem na rozprawie zamawiający wyjaśnił i przywołał zapis SIWZ zgodnie z którym tylko w zakresie sprzątnięcia schodów wymagane było posiadanie stosownego sprzętu mechanicznego. Natomiast w pozostałym zakresie wybór sposobu sprzątnięcia należał do wykonawcy. W związku z tym brak w Wykazie sprzętu pralek do prania firan w ocenie Izby nie skutkuje stwierdzeniem sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ. Poza tym co do zasady brak podstaw do zakwalifikowania tego ewentualnego uchybienia do wymogu przedmiotowego a nie podmiotowego, który można uzupełnić.

Pozostałe zarzuty co do rażąco niskiej ceny oraz utajnienia wyjaśnień czyli art. 89 ust.1 pkt 4 oraz art.90 ustawy a także art. 11 ust.4 powyżej przywołanej ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie potwierdziły się.

Po pierwsze oferta odwołującego odbiega od ceny wykonawcy wybranego niespełna 5 procent. Również nie odbiega znacząco od wyceny zamawiającego. Ponadto odwołujący nie wykazał, że cena jest nierealna czyli poniżej kosztów i bez zysku dla wykonawcy. W procedurze art.90 ustawy, którą zastosował zamawiający w stosunku do wykonawcy wybranego przedstawiona została kalkulacja ceny to jest koszt poszczególnych elementów kosztowych (materiały, robocizna, koszty ogólnozakładowe i zysk) w cenie. Na wezwanie dodatkowe zamawiającego, wykonawca wybrany przedstawił kalkulacje kosztów osobowych w związku z prowadzeniem zakładu pracy chronionej. W ocenie Izby wykonawca wybrany miał prawo zastrzec wyjaśnienia elementów kosztów osobowych jako tajemnicę przedsiębiorstwa, pomimo że nie zastrzegł tajemnicy co do pierwszych wyjaśnień. Zamawiający oczekiwał bardziej szczegółowych wyjaśnień co do kosztów osobowych. Natomiast przystępujący podał nie tylko składniki wynagrodzenia pracowników, ale również koszt zatrudnienia, koszt zleceń, których proporcje wykonawca objął tajemnicą, ponieważ

decydują o jego sukcesie. W związku z tym Izba uznaje zastrzeżenie tych informacji za uprawnione.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zasądzając uiszczony wpis w koszty postępowania odwoławczego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty uiszczzonego wpisu od odwołania w kwocie 15.000,00 złotych.

Przewodniczący: