

Sygn. akt: KIO 601/15

**Wyrok**

**z dnia 13 kwietnia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 marca 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: NIRO Sp. z o. o., ALTER Sp. z o. o. ul. Ścinawska 37, 59-300 Lubin** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej ul. Zwycięstwa 1, 66-100 Sulechów**

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Clar System S.A., Hospital System Sp. z o.o. ul. Janickiego 20b, 60-542 Poznań** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców **Konsorcjum: NIRO Sp. z o. o., ALTER Sp. z o. o. ul. Ścinawska 37, 59-300 Lubin** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum: NIRO Sp. z o. o., ALTER Sp. z o. o.** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Zielonej Górze**.

**Przewodniczący:**

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Sulechowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na „Obsługę komórek organizacyjnych szpitala w zakresie usług porządkowo - czystościowych” - znak 29/ZP-PN/2014. Przedmiotem postępowania jest usługa w zakresie kompleksowego utrzymania czystości (sprzątania) wyznaczonych pomieszczeń w obiektach szpitalnych Zamawiającego.

Odwołujący: „NIRO” sp. z o.o. Lubinie (pełnomocnik wykonawców) oraz „ALTER” sp. z o.o. z siedzibą Lubinie wnieśli odwołanie od czynności oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp.

Zamawiający poinformował w dniu 16 marca 2015r., o wyborze oferty najkorzystniejszej (informacja ta została przesłana Odwołującemu e-mail'em w dniu 17 marca 2015r.).

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenia polegające na:

1. zaniechaniu należytego badania i oceny oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Clar System S.A. oraz Hospital System sp. z o.o. (dalej łącznie: „Konsorcjum Clar System”) w tym:

- 1.1. zaniechanie ujawnienia treści wyjaśnień ceny rażąco niskiej,
- 1.2. zaniechanie uznania, że Konsorcjum Clar System nie wykazało, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,
- 1.3. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Clar System z rażąco niską ceną,
- 1.4. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Clar System, choć jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- 1.5. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Clar System, jako niezgodnej z treścią SIWZ;

2. zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Zarzuca zamawiającemu naruszenia:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r., Nr. 153 poz. 1503 z późn. zm.; dalej: „ustawa ZNK”) poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie jest zobowiązany do ujawnienia treści wyjaśnień Konsorcjum Clar System, choć nie zawierają one informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa;

2. art. 7 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do uznania, że wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Clar System nie odnoszą się do całego przedmiotu zamówienia (wszystkich elementów cenotwórczych) ani nie są poparte dowodami, w związku z czym Konsorcjum Clar System nie wykazało, że cena ofertowa jest ceną realną;

3. art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert i do odrzucenia oferty, a Konsorcjum Clar nie wykazało, iż zaoferowana cena ofertowa jest ceną realną;

4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Clar System, choć kalkulacja ceny dowodzi, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Clar System, pełnomocnictwo złożone wraz z ofertą jest niezgodne z treścią SIWZ, a na wezwanie do uzupełnień Konsorcjum Clar System nie przedłożyło poprawnego pełnomocnictwa;

6. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty Konsorcjum Clar System, pomimo że zgodnie z kryteriami oceny ofert to oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem odtajnienia wyjaśnień Konsorcjum Clar System złożonych w odpowiedzi na wezwanie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, uznania wyjaśnień za niewystarczające dla uznania, że cena ofertowa jest ceną realną, odrzucenia oferty Konsorcjum Clar System z uwagi na zaoferowanie ceny rażąco niskiej, odrzucenia oferty Konsorcjum Clar System z uwagi na fakt, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, oraz odrzucenia oferty Konsorcjum Clar System z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ;

Zamawiający nie dokonałby wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, lecz odrzuciłby ofertę Konsorcjum Clar System z uwagi na wystąpienie dwóch niezależnych podstaw do jej odrzucenia. Wówczas dokonałby wyboru oferty Odwołującego, która jest zgodna z SIWZ i zawiera najwyższą ilość punktów w ocenianych kryteriach. Zamawiający wskazał w SIWZ, że oferty oceniane będą w dwóch kryteriach: cena ofertowa z wagą 90% oraz termin zapłaty z wagą 10%. Wykonawcy, którzy złożyli oferty, zobowiązali się do wykonania zamówienia na niżej wskazanych warunkach, które przełożyły się na zdobycie punktów w ilości maksymalnej przez odwołującego po uprzednim odrzuceniu oferty konsorcjum Clar System.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

A. Bezzasadne jest utrzymanie w tajemnicy wyjaśnień dotyczących elementów cenotwórczych ceny ofertowej. Konsorcjum Clar System zastrzegło wyjaśnienia dotyczące elementów cenotwórczych mających wpływ na wysokość ceny ofertowej, tj. pismo z 6 marca 2015 r. Tego samego dnia Odwołujący zwrócił się więc z wnioskiem o odtajnienie wyjaśnień wskazując, że ich treść nie ma waloru tajemnicy przedsiębiorstwa oraz o wyznaczenie terminu na dokonanie wglądu w całą dokumentację. 18 marca 2015 r. Zamawiający odpowiedział, że w wyniku przeprowadzonej korespondencji z Konsorcjum Clar System uznał zasadność zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących elementów cenotwórczych mających wpływ na wysokość ceny oraz przesłał Odwołującemu stanowisko Konsorcjum Clar System (pismo z dnia 18.03.2015r.). Odwołujący dokonał wglądu w jawną część dokumentacji Postępowania 18 marca 2015 r.

Złożone wyjaśnienia nie zawierają szczegółowego uzasadnienia, które wskazywałoby na zasadność ich objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Konsorcjum Clar System przedstawiło szeroko orzecznictwo odnoszące się do zagadnień związanych z ochroną tajemnicy przedsiębiorstwa. Pismo nie zawierało wyjaśnienia, dlaczego informacje zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny miałyby być w całości uznane za informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Konsorcjum poprzestało na stwierdzeniu, że zastrzeżone informacje dotyczą wrażliwych i poufnych danych Wykonawcy, w szczególności ceny oraz metod jej kalkulacji, czynników cenotwórczych, cen i upustów oferowanych przez podwykonawców, usługodawców, czy dostawców, źródła dostaw materiałów i urządzeń, czy przewidywanego zysku wykonawcy, których ujawnienie godziłoby w interes wykonawcy. Nadto, poza zasygnalizowaniem kilku okoliczności faktycznych, które zdaniem Konsorcjum Clar System uzasadniały możliwość zastrzeżenia tych informacji, nie załączyło do pisma 6 marca 2015 r. dowodów, które mogłyby potwierdzać przykładowo fakt, że zastrzegane przez wykonawcę informacje mają dla niego wartość gospodarczą. Pismo to zostało ocenione przez Zamawiającego jako zawierające wystarczające uzasadnienie dla uznania, iż Konsorcjum Clar System zgodnie z prawem zastrzegło wyjaśnienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy ZNK, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Zamawiający zobowiązany jest zbadać, czy w konkretnej sytuacji wystąpiły wskazane wyżej przesłanki. Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005r., sygn. akt III CZP 74/05, orzekł, iż „badanie przez zamawiającego

skuteczności dokonanego przez oferenta zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji mieści się w płaszczyźnie obowiązków, a nie uprawnień zamawiającego. Przesądzenie skuteczności dokonanego zastrzeżenia informacji w rozumieniu przepisów wskazanych w art. 96 ust 4 zdanie pierwsze pzp., zależy od wyniku dokonanej przez zamawiającego weryfikacji prawdziwości stanowiska oferenta odnośnie do charakteru (statusu) tych informacji. W razie uznania przez zamawiającego, że zastrzeżone przez oferenta informacje, potwierdzające zarazem spełnienie wymagań wynikających z siwz, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy ZNK, a więc, w razie stwierdzenia przez zamawiającego bezskuteczności takiego zastrzeżenia, powstaje kwestia określenia konsekwencji takiego stanowiska zamawiającego". W niniejszej sprawie badanie takie nie zostało przez Zamawiającego przeprowadzone. Zamawiający ocenił wprawdzie w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnienia Konsorcjum Clar System zawarte w piśmie z dnia 6 marca 2015 r., jednak ocena tych wyjaśnień była pobieżna. Zamawiający wypełnił obowiązek zbadania zasadności zastrzeżenia tylko formalnie. Merytoryczna ocena wyjaśnień winna była prowadzić Zamawiającego do wniosku, że Konsorcjum Clar System - poza obszernymi cytacjami z orzecznictwa - w zasadzie nie podał żadnych okoliczności właściwych dla Niego, które pozwalałyby przyjąć, że dokonane przez Konsorcjum Clar System zastrzeżenie jest zasadne. Również w piśmie z dnia 18 marca 2015r. Konsorcjum Clar System poprzestaje na ogólnych twierdzeniach i przytoczeniu tez z orzecznictwa, nie wskazując dlatego poszczególne elementy miałyby stanowić know-how lub posiadają wartość gospodarczą. Konsorcjum Clar System poprzestaje jedynie na enigmatycznym stwierdzeniu, że taki walor zastrzeżone dokumenty posiadają.

Zamawiający powinien dokonać analizy prawidłowości zastrzeżenia pewnych informacji z oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie tylko analizując określony dokument jako całość, ale jego poszczególne zwroty czy wyczerpania, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Dokument nie musi bowiem - a czasami wręcz nie może - podlegać zastrzeżeniu w całości, lecz tylko w określonej części. KIO w orzeczeniach wskazuje, że przyczyny wyłączenia jawności muszą mieć charakter na tyle obiektywny, by możliwa była ich weryfikacja w postępowaniu odwoławczym. Konsorcjum Clar System za pewną oczywistość uznaje okoliczność, że zastrzegane informacje mają wartość gospodarczą, a ich ujawnienie może godzić w jego interes. W przypadku informacji posiadających wartość gospodarczą wykonawca zobowiązany jest wskazać, o jakich konkretnie wartościach mowa i je uprawdopodobnić. Wobec braku dowodu, że informacje mają wartość gospodarczą lub techniczną czy organizacyjną, w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie można mówić o ziszczeniu się pierwszej z ww. przesłanek, których spełnienie jest niezbędne do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ponadto, Konsorcjum Glar System poprzestało na stwierdzeniu, że informacje zastrzegane nie są powszechnie znane, a wykonawca podjął kroki zmierzające do zachowania ich w poufności, m. in. poprzez zobowiązanie pracowników i współpracowników do zachowania ich w poufności i wdrożenie "korporacyjnych" polityk poufności. Konsorcjum Clar System zamierza wykonać zamówienie samodzielnie, bez pomocy podwykonawcy/ów, zatem również nie występuje okoliczność, w której Konsorcjum Clar System mogłoby wykazywać, że to współpraca z konkretnymi podwykonawcami posiada wartość gospodarczą, więc jako taka stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Jedynie pewne elementy ustaleń odnoszących się do zasad współpracy między Konsorcjum Clar System a dostawcami mogłyby mieć potencjalnie walor tajemnicy przedsiębiorstwa, niemniej w tym zakresie należałoby w pierw wykazać, że strony faktycznie jako tajemnicę informacje te traktują.

Odwołujący podnosi, że możliwość wyłączenia jawności postępowania istnieje w sytuacjach zupełnie wyjątkowych i to tylko i wyłącznie w uzasadnionych przypadkach przewidzianych w przepisach ustawy Pzp. Możliwość ta nie może być nadużywana lub traktowana rozszerzająco, albowiem zasada jawności postępowania jest zasadą nadrzędną. Ciężar udowodnienia zaistnienia absolutnie wyjątkowych okoliczności, uzasadniających utajnienie jawności postępowania i znajdujących oparcie w przepisach ustawy Pzp, spoczywa na Konsorcjum Clar System, które takiego zastrzeżenia dokonało, oraz na Zamawiającym, gdyż nie zdecydował się On na odtajnienie informacji, których jawność zastrzegł wykonawca, powołując się na konieczność ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. W niniejszej sprawie Konsorcjum Clar System nie wykazało, że całość zastrzeganych przez Konsorcjum Clar System informacji ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazuje na konieczność wnikliwego badania zastrzeżonych informacji oraz ścisłego wykładania zakazu ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, co jest na orzecznictwie Izby . Np. w wyroku KIO 2185/14, Izba orzekła: „[w] ocenie Izby poziom ogólności wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Salini nie pozwala uznać ich całości za skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Wykonawca nie wskazał - w odniesieniu do pełnej treści wyjaśnień - konkretnych okoliczności pozwalających uznać poszczególne informacje za mające wartość gospodarczą. Tymczasem to na wykonawcy ciążył obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia tych informacji. Zdaniem Izby, w zdecydowanej większości treść tych wyjaśnień takich informacji nie zawiera; zwłaszcza że wyjaśnienia w dużej części cechują się znaczną ogólnością. (...) Nie można zgodzić się z Przystępującym; że ponieważ wyjaśnienia stanowią określoną całość; to zasadne jest ich utajnienie w całości. Jak bowiem wskazano powyżej, brak jawności dokumentów składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest wyjątkiem od zasady i nie może być stosowany rozszerzająco. Utajnienie wyjaśnień, w których w niewielkim tylko zakresie

pojawiają się dane zasługujące na ochronę, jest niezgodne z przepisami ustawy. W związku z powyższym Izba nakazała Zamawiającemu odtajnienie wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Salini, z wyjątkiem załączników do tych wyjaśnień, nazw kontrahentów oraz innych danych, które tych kontrahentów identyfikują". Podobnie w wyroku KIO 2277/14, gdzie Izba orzekła, że „(...) Przystępujący nie wykazał, dlaczego akurat statystyka dotycząca połączeń wykonywanych przez klientów biznesowych stanowi wartość gospodarczą, której ujawnienie może narazić przedsiębiorcę na szkodę. Przystępujący nie uzasadnił, na czym polega wartość gospodarcza tych informacji. Podobnie, w odniesieniu do informacji o możliwym do osiągnięcia zysku, Przystępujący nie wykazał istnienia ustawowych przesłanek wyłączenia jawności i nie przedstawił uzasadnienia swojego stanowiska.

Szczególnie adekwatne do sytuacji występującej w Postępowaniu jest orzeczenie KIO 2360/14, w którym Izba orzekła „[wyjaśniając powyższe stwierdzenie, że żadna z informacji w tym piśmie nie ma wartości gospodarczej. Izba wywodzi to z faktu, że przystępujący nie wyjaśnił na czym polega wartość gospodarcza tych informacji a tym bardziej, że przyznał w piśmie z dnia 23 października 2014r. że kwoty, liczby, dane stanowiące o kalkulacji ceny zmieniają się w każdym kolejnym postępowaniu. Czyli zastrzeżone informacje w postaci liczb, danych mają charakter jednorazowy i związane są z kalkulacją ceny w poszczególnym postępowaniu to jest na użytek konkretnego postępowania. (...) Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji takiej konstrukcji nieupubliczniania informacji nie chroni. W ocenie Izby, aby informacja była chroniona to musi mieć ona walor stałości; reprezentatywności, stabilności i być wyznacznikiem statusu czy kondycji przedsiębiorstwa, a nie być zmienna kalkulacyjna na użytek każdego kolejnego postępowania. Bowiem informacja powinna posiadać wartość gospodarczą nie tylko na użytek konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ale powinno mieć dla przedsiębiorstwa wartość gospodarczą przynajmniej w jakimś okresie czasu stałą dla jego funkcjonowania i znaczenia na rynku np. źródła zaopatrzenia i zbytu, kooperanci, wynalazki i patenty. W ocenie Izby informacja posiadająca wartość gospodarczą to taka, która ma np.: wpływ na wycenę przedsiębiorstwa, a nie stanowi tylko element kalkulacyjny tworzony na użytek kolejnego postępowania celem zdobycia kolejnego zamówienia i zmieniająca się z dnia na dzień. Przystępujący powołuje się również na wynegocjowanie stawek, których nie chce ujawnić, aby nie stracić przychodów. W ocenie Izby nie ma żadnego logicznego związku pomiędzy stosowanymi stawkami a groźba utraty przychodów w związku z pokazaniem tych stawek. Po to jest instytucja wyjaśniania podejrzeń co do rażąco niskiej ceny, aby wykonawcy wyjaśnili nie tylko zamawiającemu, ale również konkurentom jakie stawki i parametry tworzą zaoferowaną cenę. czy są one realne czy służą tylko spekulacji uzyskania zamówienia. Pokazanie samych stawek jednostkowych nie naraża wykonawcy na utratę przychodów czy zdradę tajemnicy,



co do źródła tych stawek. Same stawki jednostkowe same w sobie nie powinny być chronione. Mogą być chronione co najwyżej informacje co do źródeł tych stawek np.: umowy co do zakupu rowerów, umowy co do pozyskania systemu informatycznego obsługi publicznego roweru, umowy o prace z mechanikami, sekretarkami, czy firmami profesjonalnymi w tym zakresie, umowy o zaopatrzenie w materiały, urządzenia, umowy najmu magazynu do przechowywania rowerów i całego systemu poza sezonem, czy umowy najmu lokali do obsługi klienta czy obiektów warsztatu napraw, konserwacji rowerów, czy też umów na uzyskanie dochodów z reklamy. Natomiast kalkulacja przystępującego, która została sporządzona według wymagań zamawiającego jako całość i jako jej poszczególne elementy nie stanowi informacji noszących znamiona wartości gospodarczej, które zasługiwałyby na ochronę prawną przed ich ujawnieniem".

W KIO 2731/14, wydanym w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podobny zakres co w niniejszym Postępowaniu (tj. „Sukcesywne usługi sprzątnięcia Stadionu Narodowego w Warszawie”), gdzie podobnie jak w niniejszym Postępowaniu wykonawca bezzasadnie zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa kalkulację cenową. Izba w sprawie tej orzekła: „[odnosząc się zaś do zarzutów opisanych w punktach 2 i 3 odwołania, tj. naruszenia art. 8 ust 1-3 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz w związku z art. 11 ust 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie weryfikacji przez zamawiającego zasadności zastrzeżenia przez wykonawcę Impel, jako tajemnicy przedsiębiorstwa „Formularza kalkulacji kosztów” oraz treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Impel w dniu 3 grudnia 2014 r. oraz naruszenia art. 8 ust 1-3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie udostępnienia odwołującemu załącznika do wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Impel w dniu 3 grudnia 2014 r., Izba stwierdziła, co następuje. (...) Izby wykonawca Impel, składając rzeczony wyjaśnienia z dnia 3 grudnia 2014 roku, nie udowodnił zasadności zastrzeżenia informacji tam zawartych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przystępujący oświadczając, że przedstawione informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa nie podał, jakie czynności podjął w celu ochrony informacji tam zawartych, w szczególności organizacyjne przedsiębiorstwa. Ponadto jaki krąg osób miał dostęp do tych informacji i jakie obostrzenia personalne zostały poczynione. (...) Dodatkowo wskazać należy, że informacje zawarte w wyjaśnieniach złożonych przez przystępującego Impel z dnia 3 grudnia 2014 roku, nie zawierają żadnych informacji, które uznać można za tajemnice przedsiębiorstwa, tj. informacji technicznych, technologicznych; organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą. Dlatego też czynność zamawiającego w tym zakresie należało uznać za wadliwą i pozbawioną podstaw prawnych.”

Uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest uwarunkowane subiektywnymi odczuciami Konsorcjum Clar System, a konieczne jest spełnienie czynników o charakterze obiektywnym. Przepis art. 8 ust. 2 ustawy Pzp przyznaje wykonawcom prawo do ochrony informacji spełniających kryteria tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym, Konsorcjum Clar Systems mogło zgodnie z uregulowaniami art. 8 ust. 4 ustawy Pzp zastrzec tego rodzaju informacje, co jednak nie pozbawia tej czynności jakiegokolwiek kontroli. Zamawiający był bowiem zobowiązany, na podstawie art. 8 ust. 2 ustawy Pzp zbadać zasadność zastrzeżonych przez Konsorcjum Clar Systems informacji. Podstawą faktyczną uznania danej informacji za podlegającą ochronie winien być jej charakter oraz przedsięwzięte przez Konsorcjum Clar Systems czynności zmierzające do jej ochrony i zachowania jej poufnego charakteru.

Zgodnie z wykładnią art. 8 ustawy Pzp, dokonaną przez Izbę, *„Zamawiający nie może natomiast w sposób bezkrytyczny opierać się jedynie na zastrzeżeniu, lecz winien oczekiwać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony. Podkreślić należy, iż przyczyny wyłączenia jawności winny mieć charakter na tyle obiektywny, by możliwa była ich weryfikacja zarówno przez Zamawiającego; jak i w postępowaniu odwoławczym. Ponadto Zamawiający nie może zastrzeżonych informacji traktować całościowo, ale musi do każdej informacji podchodzić indywidualnie i w efekcie tych działań może w stosunku do niektórych informacji uznać, że można je ujawnić mimo formalnie poprawnego zastrzeżenia dokonanego przez wykonawcę. Wykonawca TPF na wezwanie Zamawiającego złożył wyjaśnienia dotyczące zastrzeżonych w ofercie informacji, w tym odnośnie zastrzeżenia treści Formularza cenowego. Wyjaśnienia te w części dotyczącej Formularza cenowego były stosunkowo ogólne, bez jakichkolwiek szczegółów wskazywały na charakter zastrzeżonych informacji oraz podjęte przez wykonawców środki, aby dana informacja nie była znana ogółowi uczestników postępowania. Odniesiono się także bardzo szcątkowo do faktu jaką wartość gospodarczą posiadają dane informacje dla wykonawcy. Uznać należy, że materia objęta tajemnicą przedsiębiorstwa w ofercie wykonawcy TPF odnośnie formularza cenowego łatwa jest do ustalenia przez co najmniej podmioty zawodowo zajmujące się branżą budowlaną. Samo przewidywane miesięczne wynagrodzenie poszczególnych inspektorów czy innych kosztów również jest bardzo ogólne, nie zawiera żadnych szczegółowych kalkulacji mogących wskazywać na właściwy tylko dla wykonawcy system ich obliczania. Poza tym informacja taka nie wykracza poza często standardowo wymaganą przez zamawiających w formularzach cenowych przygotowywanych w tego typu postępowaniach stawkę dziennego lub miesięcznego wynagrodzenia inspektorów czy prowadzenia biura itp. wydatków. Jak w każdej branży, założyć należy, że obowiązywać mogą pewne granice minimalnego i maksymalnego wynagrodzenia, czy też*

*stawek, w ramach których poruszać mogą się poszczególni wykonawcy. Nie są to na tyle „wrażliwe” informacje, aby stanowić miały o dalszym bycie, czy też przewadze konkurencyjnej wykonawcy w branży, w której ubiega się on o publiczne kontrakty, Jednocześnie zaś, możliwość zapoznania się z formularzami cenowymi w poszczególnych ofertach umożliwi weryfikację przyjętych przez danego wykonawcę założeń kalkulacyjnych, co pozwoli ocenić konkurentom w postępowaniu choćby, czy można mówić o ofercie z rażąco niska cena” (wyrok z dnia 22 września 2014 roku, sygn. akt: KIO 1877/14).*

Odwołujący przypuszcza, że informacje zastrzeżone przez Konsorcjum Clar System co najmniej w przeważającej części nie posiadają waloru tajemniczy przedsiębiorstwa, a Konsorcjum Clar System nie wykazało, że mają one jakąkolwiek wartość gospodarczą, budującą przewagę Konsorcjum Clar System na rynku usług sprzątnia i pomocy przy pacjencie, ani nie wykazało należycie, w jaki sposób ma dostęp do tych informacji, jak jest monitorowany i kontrolowany, w jaki sposób Konsorcjum Clar System zobowiązało te osoby do zachowania tych danych w poufności, jakie zostały wdrożone procedury w celu weryfikacji, czy zastrzeżone informacje faktycznie są zachowywane w poufności. Zatem, Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości weryfikacji wyjaśnień, pod kątem realności poczynionych założeń budżetowych, kompletności wykazanych elementów cenotwórczych, charakteru i kompletności złożonych dowodów na poparcie wykazanych elementów cenotwórczych. Podtrzymanie przez Zamawiającego decyzji o zaniechaniu ujawnienia wyjaśnień Konsorcjum Clar System niejako pośrednio wskazuje, że Konsorcjum Clar System nie wykazał należycie, że cena ofertowa jest ceną realną, złoży wyjaśnienia zawierające błędy lub nie poparł własnych oświadczeń dowodami potwierdzającymi realność poczynionych założeń budżetowych. Zatem, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy ZNK należy uznać za zasadny.

Odwołujący podnosi, że cena zaoferowana przez Konsorcjum Clar System jest rażąco niską, w związku z czym oferta tego Wykonawcy winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Tak niska cena nie jest uzasadniona obiektywnymi względami, pozwalającymi na wykonanie zamówienia bez strat. Cena jest niższa niż ogólna wartość rynkowa zamówienia, co zauważył sam Zamawiający, żądając wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający w piśmie z 4 marca 2015r. podkreślił, że jego wątpliwości budzi cena oferty ogółem. Pytał, w jaki sposób Konsorcjum Clar System zamierza zrealizować usługę i osiągnąć zysk, jeżeli cena ofertowa kształtuje się poniżej cen rynkowych (tj. szacunkowej wartości zamówienia dokonanej przez Zamawiającego oraz od cen pozostałych wykonawców, składających oferty w Postępowaniu).

Zdaniem Odwołującego, nie sposób przyjąć, aby w tej sytuacji rynkowej Konsorcjum mogło zaoferować cenę, która stanowi 78% cen pozostałych Wykonawców (żadna z nich nie podlegała odrzuceniu), w tym Odwołującego, który obecnie świadczący przedmiotowe usługi u Zamawiającego i jest w stanie precyzyjnie policzyć koszty i ryzyka związane z realizacją zamówienia. Na podstawie rynkowych stawek godzinowych personelu, kosztów niezbędnego sprzętu oraz cen zużywalnych środków czystości stwierdza, że zaoferowana cena nie pokrywa nawet kosztów zatrudnienia osób niezbędnych do wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ, nie mówiąc już o kosztach sprzętu czy środków czystości. Odwołujący jest pewny, wobec braku możliwości obniżenia ceny do poziomu przyjętego przez tego wykonawcę, że wyjaśnienia składane przez Konsorcjum Clar System w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp potwierdzają niezgodność treści oferty z SIWZ i/lub że cena jest rażąco niska.

Odwołujący wskazuje, że wobec objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa, nie ma wiedzy, jak została przygotowana odpowiedź na wezwanie z 4 marca 2015r. Niemniej, wyjaśnienia te mogą być nie dość precyzyjne i szczegółowe lub poprawne. Odpowiadając na tego typu wezwania, wykonawcy często poprzestają na przedstawieniu ogólnych zapewnień, że w ofercie wycenili wszystkie usługi i ryzyko, podając ogólną kalkulację czy powołując się na oferty poddostawców. Tego typu wyjaśnień nie można uznać za wystarczające. Każdą ogólną wartość podaną w kalkulacji należy rozbić na pozycje cząstkowe, co nie jest równoznaczne z wykazaniem rynkowego charakteru ceny. Dopiero połączenie rozbicia analizowanej ceny z dowodami wskazującymi na realność przyjętych cen cząstkowych (np. przyjętych kosztów środków czystości, kosztów osobowych, sprzętu), może wskazywać na to, że cena poddawana analizie została ustalona w sposób prawidłowy. Podobnie przedstawienie oferty poddostawców, bez analizy, czy cena podana przez poddostawcę jest realna, nie świadczy o tym, że wykonawca za podaną cenę będzie w stanie wykonać przedmiot zamówienia.

Odwołujący podkreśla, że realność poczynionych przez Konsorcjum Clar System założeń winna być równie pilnie przez Zamawiającego zbadana jak okoliczność, czy założenia te są gołosłowne czy też poparte dowodami (ww. konieczność badania realności ofert poddostawców). Jak podkreśla się w orzeczeniach KIO, „wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust 1 Pzp Zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot (o ile takowe w ogóle są podane), ale i poprzez realność poczynionych założeń co do czasochłonności pracy, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia" (KIO 189/15). Zaś w odniesieniu do konieczności przedstawiania dowodów, dalej w tym samym wyroku Izba orzekła, że „[w przedmiotowym postępowaniu stwierdzić należy, że Odwołujący w wyjaśnieniach przedstawił dość szczegółowe

stwierdzenia i wyliczenia, ale były to jedynie własne deklaracje (oświadczenia wykonawcy), nie poparte dowodami. (...) [Jeśli wyjaśnienia wykonawcy nie wskazują na indywidualne, dostępne wyłącznie tylko temu wykonawcy uwarunkowania, uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny, należy uznać, że wyjaśnienia spełniające wymagania przepisów ustawy Pzp, w ogóle nie zostały złożone. Wykonawca bowiem w udzielanych wyjaśnieniach powinien udowodnić Zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. W ocenie składu orzekającego izby okoliczności takich w swoich wyjaśnieniach wykonawca Odwołujący nie przedstawił.

Odwołujący podnosi ponadto, że w przypadku Konsorcjum Clar System nie zachodzą żadne szczególne okoliczności, właściwe tylko temu Wykonawcy, które pozwoliłyby mu wycenić przedmiot zamówienia na tak niskim poziomie. Wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu, są wykonawcami z ugruntowaną pozycją na rynku, w tym duże doświadczenie i zasoby własne niezbędne do realizacji tego typu przedsięwzięcia. Z powyższych względów, wyjaśnienia Konsorcjum nie pozwalają przyjąć, że Wykonawca za zaoferowaną cenę jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia bez strat, oraz że cena ta jest adekwatna do przedmiotu zamówienia, jego wartości, wyznaczonej zakresem koniecznym do wykonania, nakładem pracy, nakładem środków etc. Odwołujący zwraca uwagę, że już samo zestawienie ceny ofertowej Konsorcjum Clar System z realną wartością rynkową zamówienia wskazuje, że cena ofertowa Konsorcjum Clar System jest zaniżona.

W szczególności Odwołujący wskazuje, że ewentualne powołanie się przez Konsorcjum Clar System na pomoc publiczną jaką uzyskuje jako zakład pracy chronionej (Clar System S.A., będący członkiem Konsorcjum Clar System, posiada status zakładu pracy chronionej - "Wykaz zakładów pracy chronionej" dostępny na stronie: [//bip.poznan.uw.gov.pl/reiestry-ewidencje-i-archiwum/wwdzial-polityki-spolecznej-i-zdrowia](http://bip.poznan.uw.gov.pl/reiestry-ewidencje-i-archiwum/wwdzial-polityki-spolecznej-i-zdrowia)) nie mogło być wykazane ogólnikowo, lecz oddzielnie do każdego pracownika, który zostanie oddelegowany do świadczenia usług u Zamawiającego. W odniesieniu do samej specyfiki zakładu pracy chronionej Odwołujący zauważa, że sam otrzymuje dofinansowanie do wynagrodzeń niepełnosprawnych pracowników, więc Odwołujący zna i rozumie kryteria finansowania tego rozwiązania. Mianowicie, art. 3 ustawy z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z realizacją ustawy budżetowej stanowi: „W ustawie z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2011 r. Nr 127, poz. 721, z późn. zm.) wprowadza się następujące zmiany: 1) w art. 26a:

a) w ust. 1 zdanie drugie otrzymuje brzmienie:

„Miesięczne dofinansowanie do wynagrodzenia pracownika niepełnosprawnego, zwane dalej „miesięcznym dofinansowaniem”, przysługuje w kwocie:

- 1) 1800 zł - w przypadku osób niepełnosprawnych zaliczonych do znacznego stopnia niepełnosprawności;
- 2) 1125 zł - w przypadku osób niepełnosprawnych zaliczonych do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności;
- 3) 450 zł - w przypadku osób niepełnosprawnych zaliczonych do lekkiego stopnia niepełnosprawności."

b) ust. 1 b otrzymuje brzmienie:

„1b Kwoty, o których mowa w ust 1, zwiększa się o 600 zł w przypadku osób niepełnosprawnych, w odniesieniu do których orzeczono chorobę psychiczną, upośledzenie umysłowe, całościowe zaburzenia rozwojowe lub epilepsję oraz niewidomych."

Istotne jest, że kwota miesięcznego dofinansowania w przypadku pracodawcy wykonującego działalność gospodarczą, w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej, nie może przekroczyć kwoty 75 % faktycznie i terminowo poniesionych miesięcznych kosztów płacy (art. 26a ust. 4 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych. Przez koszt płacy należy rozumieć wynagrodzenie brutto oraz finansowane przez pracodawcę składki na ubezpieczenie emerytalne, rentowe i wypadkowe naliczone od tego wynagrodzenia oraz obowiązkowe składki na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych.

Mając na uwadze powyższe regulacje, miesięczne dofinansowanie do wynagrodzenia pracownika niepełnosprawnego przy założeniu płacy minimalnej w roku 2015 - 1750,00 zł oraz obowiązkowych składek na poziomie średnio około 20% przedstawia się następująco:

- 1575,00 w przypadku osób zaliczonych do znacznego stopnia niepełnosprawności oraz znacznego stopnia niepełnosprawności ze schorzeniem specjalnym
- 1125 zł - w przypadku osób zaliczonych do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności;
- 1575 zł - w przypadku osób zaliczonych do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności ze schorzeniem specjalnym;
- 450 zł - w przypadku osób zaliczonych do lekkiego stopnia niepełnosprawności.
- 1050 zł - w przypadku osób zaliczonych do lekkiego stopnia niepełnosprawności ze schorzeniem specjalnym.

Innymi słowy, w wyjaśnieniach z dnia 6 marca 2015r. roku Konsorcjum Clar System powinno było nie tylko wskazać ile osób przeznaczonych do realizacji przedmiotowego zamówienia jest zarejestrowanych w PFRON, lecz również jaki jest stopień niepełnosprawności poszczególnych osób, i konsekwentnie jakie dofinansowanie Konsorcjum Clar System otrzymuje do danej osoby, jakiej wysokości wynagrodzenie jest płacone tym pracownikom

oraz w związku z tym jakie koszty ponosi pracodawca (celem wyliczenia rzeczowego maksimum 75%), a także dołączyć dowody na poparcie tych oświadczeń. Tylko wówczas Zamawiający byłby w stanie faktycznie ocenić, że cena ofertowa Konsorcjum Clar System w zakresie tego elementu cenotwórczego (koszty osobowe) nie jest zaniżona

Odwołujący podkreśla również, że chociaż ciężar dowodu co do zasadności odrzucenia oferty spoczywa na wykonawcy, który żąda odrzucenia, to w sytuacji, gdy elementy oferty istotne z punktu widzenia obliczenia ceny oraz wyjaśnienia udzielone przez Konsorcjum Clar System zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, wykazania w postępowaniu odwoławczym, że udzielone wyjaśnienia wskazują na rzetelne obliczenie ceny oferty, należy oczekiwać od Zamawiającego, który uznał to zastrzeżenie.

Odwołujący wskazuje, że w podobnych stanach faktycznych Izba orzekła, iż cena ofertowa wykonawcy jest ceną rażąco niską. W powoływanym już wyroku KIO 2185/14, Izba orzekła: „Złożone wyjaśnienia potwierdziły, zdaniem Izby, że cena nie została skalkulowana prawidłowo w sposób zapewniający należyte wykonanie zamówienia. Konsorcjum Salini w złożonych wyjaśnieniach powołało się na takie okoliczności, jak doświadczenie i renoma wykonawcy, dokonywanie centralnych zakupów, dysponowanie sprzętem, bazą materiałowo-sprzętową i bazą biurową, wykwalifikowaną, efektywnie zarządzaną kadrą oraz dużym potencjałem finansowym, które to okoliczności w znacznej mierze należy uznać za cechujące większość wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienia o podobnej skali i wartości. (...) Biorąc pod uwagę różnice między ceną oferty Przystępującego a wartością szacunkową zamówienia i cenami innych ofert, wykonawca, aby wykazać realność ceny, powinien wskazać istnienie po jego stronie szczególnych okoliczności umożliwiających obniżenie ceny i ujawnić założenia przyjęte na etapie jej kalkulacji. (...) Reasumując, na podstawie wyjaśnień udzielonych przez Przystępującego Zamawiający powinien podjąć decyzję o odrzuceniu oferty. Zaniechanie tego odrzucenia stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp”.

W zakresie niedoszacowania ceny oraz manipulacji w wycenie elementów cenotwórczych jako stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji wskazał, co następuje.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, oferty, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, podlegają odrzuceniu. W ocenie Odwołującego, złożenie przez Konsorcjum Clar System oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (tj. działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażające lub naruszające interes innego przedsiębiorcy), który utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku. Utrudnienie to polega w szczególności na sprzedaży przez Konsorcjum Clar System towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji

innych przedsiębiorców (art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 ustawy ZNK). Jednocześnie zaoferowanie rażąco zaniżonej ceny za usługę sprzątnięcia i transportu wewnątrzszpitalnego eliminację konkurencyjnych wykonawców, ubiegających się o przedmiotowe zamówienie.

Konsorcjum Clar System w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami oraz naruszający interes innych wykonawców biorących udział w postępowaniu manipulowało kosztami poszczególnych zakresów świadczenia, w celu uzyskania większej ilości punktów w kryterium "cena". Mianowicie celowo zaniżyło cenę za sprzątnięcie, która jest opodatkowana 23% stawką VAT, przerzucając część tych kosztów do "pomocy przy pacjencie", która to czynność jest zwolniona z VAT. W kryterium "cena" punktowana jest bowiem cena ofertowa (brutto), zatem czym większą ilość kosztów wykonawca nielegalnie przerzuci do czynności zwolnionej z VAT, tym niższą cenę ofertową jest w stanie zaoferować. Powyższe działanie w sposób jaskrawy jest widoczne w zestawieniu ofert i cen zaoferowanych przez wszystkich wykonawców w poszczególnych zakresach. Z zestawienia tego wynika, że wyłącznie Konsorcjum Clar System wyceniło usługę sprzątnięcia na poziomie 3000 PLN (VAT 23%), zaś pozostali wykonawcy wycenili tę usługę na co najmniej 13.000 PLN (VAT-23%). (13.092 zł – odwołujący, do 41.598 zł)

Cena netto za pomoc przy pacjencie (VATzw)

1	Konsorcjum Clar System	56 655,82 zł
2	Odwołujący	52 368,00 zł
3	IPT AKROMAR sp. z o.o.	24 440,00 zł
4	IMPEL CLEANING sp.	55 812,00 zł
5	DGPDozorbud Grupa Polska	41598,45 zł

Odwołujący podkreśla, że zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na zaniżenie kosztów jednostkowych jest oparty o wykładnię art. 89 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, dokonaną przez KIO. W wyroku KIO 236/15, KIO 241/15, Izba orzekła, że „każda z cen jednostkowych stanowić powinna samodzielna i rynkowa wycenę usługi, do której się odnosiła. Uwzględniając tak przyjętą ocenę charakteru cen jednostkowych, a także fakt zaoferowania przez Przystępującego cen na poziomie 1 lub 10 groszy za wykonanie poszczególnych czynności, czy też usług, uzasadnionym, w ocenie Izby, było przekonanie wyrażone przez Odwołującego w sprawie KIO 236/15, że „charakter i celowość tego działania wynika wprost z ustalonych przez Wykonawcę [Przystępującego] cen jednostkowych bez wątplenia podyktowanych nie rachunkiem ekonomicznym i realną wartością, ale chęcią uzyskania punktów w ramach kryteriów oceny ofert.” Oczywistym jest bowiem, że nie opiera się na rachunku ekonomicznym ustalenie ceny np. za wycięcie czy posadzenie drzewa na poziomie 1 grosza za każde ścięte lub posadzone drzewo. Takie zaś



działanie ocenione musiało zostać jako sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, jako zagrażające i naruszające (w skutkach, jakie rodziło) interes innych przedsiębiorców - wykonawców, którzy rzetelnie ustalili poziom oferowanych przez siebie cen jednostkowych, a tym samym stanowiące naruszenie art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.). Kierując się tym przekonaniem, Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego. Mając to na uwadze, Izba nakazała Zamawiającemu odrzucenie powołanej oferty".

23. Z powyższego wynika, że zachowanie Konsorcjum Clar System wprost godzi w uczciwą konkurencję, która powinna być zachowana w każdym przetargu publicznym. Na straży tego stoi właśnie norma z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący za swoje przyjmuje stanowisko w wyroku KIO 2936/13, gdzie Izba orzekła: „Zamawiający w ramach odrzucenia oferty Odwołującego argumentował jednoznacznie, że jego zdaniem zachowanie odwołującego wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i przywołał brzmienie tego przepisu. Według Izby, katalog czynów nieuczciwej konkurencji wymieniony w art. 5 - 17e ww. ustawy nie ma charakteru zamkniętego. Powyższe wynika z literalnej wykładni przepisu art. 3 ust. 2 tej ustawy, w którym jedynie przykładowo wymieniono kategorie czynów wymienionych w części szczegółowej ustawy, na co wskazuje użyte przez ustawodawcę sformułowanie „w szczególności”. A zatem, w świetle art. 3 ust. 1 przywoływanej ustawy, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje również takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przy czym działanie to nie musi jednocześnie wyczerpywać znamion czynów nieuczciwej konkurencji, wyraźnie wymienionych przez ustawodawcę w dalszych przepisach tej ustawy (art. 5 do 17 e ustawy). W ocenie Izby, w przedmiotowym stanie faktycznym Odwołujący naruszył dobre obyczaje kupieckie. Dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Prowadzenie przez Odwołującego działalności gospodarczej nie zwalnia go od przestrzegania ww. reguł. Co więcej obowiązek przestrzegania dobrych obyczajów nałożył na przedsiębiorców sam ustawodawca w art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, zaś niewątpliwie ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego mieści się w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej. Spełniona została także druga przesłanka czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ww. ustawy, gdyż działanie Odwołującego naruszało interes innych przedsiębiorców. Nawet bowiem jeśli zaoferowali stawki, wynikające z rynkowej wartości świadczenia, uwzględniając

zasadę ekwiwalentności umów wzajemnych, znaleźli się bez powodu w znacznie gorszej sytuacji. Działanie takie ogranicza bowiem rynkowe reguły uczciwego konkurencyjnego.

Konsorcjum Clar System, oferując wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę nierealną i nie zapewniającą zysku oraz zaniżając cenę za usługę sprzątnięcia i przerzucając część kosztów za tę czynność do usług pomocy przy pacjencie, zwolnionych z VAT, dopuściło się naruszenia dobrych obyczajów kupieckich, co w myśl art. 3 ust. 1 ustawy ZNK stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Konsekwentnie, oferta Konsorcjum Clar System podlega odrzuceniu z uwagi na dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnośnie niezgodności oferty konsorcjum Clar System z treścią siwz w zakresie złożonego pełnomocnictwa odwołujący wskazał, co następuje.

Zgodnie z ust. 8.4. SIWZ, Zamawiający wymagał, aby pełnomocnik konsorcjum był umocowany „do zaciągania zobowiązań i płatności w imieniu każdego na rzecz każdego z partnerów oraz do wyłącznego występowania w realizacji kontraktu. W pełnomocnictwie konsorcjalnym złożonym przez Konsorcjum Clar System, Wykonawca ten nie umocował pełnomocnika konsorcjum do zaciągania zobowiązań i płatności w imieniu każdego na rzecz każdego z partnerów oraz do wyłącznego występowania w realizacji kontraktu. Z tego względu, Zamawiający w dniu 4 marca 2015 r. zwrócił się do Konsorcjum Clar System z wnioskiem o uzupełnienie tego braku w ofercie. W odpowiedzi na to wezwanie, Konsorcjum Clar System nie złożyło poprawnego pełnomocnictwa, lecz wskazało, że na etapie pytań i odpowiedzi wykonawcy zwracali uwagę na niezgodność tego żądania z treścią ustawy Pzp, lecz Zamawiający pozostawił je bez zmian.

Odwołujący wskazuje, że choć Konsorcjum Clar System uważało przedmiotowe żądanie za niezgodne z treścią ustawy Pzp, to jednak nie zdecydowało się na jego kwestionowanie i nie wniosło odwołania, celem dowodzenia poprawności własnej wykładni odnośnych przepisów ustawy Pzp. Świadczy to o tym, że faktycznie Konsorcjum Clar System nie znajdowało podstaw, aby w terminie do tego zakreślonym wywodzić w Izbie poprawności twierdzeń, które na późniejszym etapie forsuje jako słuszne. Tymczasem, niezakwestionowana treść SIWZ wiąże wykonawców jak i Zamawiającego, zatem wszystkie oferty złożone w Postępowaniu powinny zawierać umocowanie dla pełnomocnika konsorcjum do zaciągania zobowiązań i płatności w imieniu i na rzecz każdego z partnerów oraz do wyłącznego występowania w realizacji kontraktu. Na obecnym etapie, Konsorcjum Clar System nie może wskazywać na rzekomą niezgodność omawianego warunku z treścią ustawy Pzp, gdyż Konsorcjum Clar System - podobnie jak pozostali wykonawcy - związane jest treścią SIWZ. Zatem, zaniechanie uzupełnienia pełnomocnictwa o treści zgodnej z wymogami Zamawiającego stanowi o konieczności odrzucenia oferty Konsorcjum Clar System jako niezgodnej z treścią SIWZ,

Odwołujący podkreśla również, że Konsorcjum Clar System, podobnie jak nie zaskarżyło ust. 8.4 SIWZ tak też nie zaskarżył czynności wezwania do uzupełnień pełnomocnictwa. Jak wskazuje się w odnośnym orzecznictwie, zaniechanie przez Konsorcjum Clar System zakwestionowania czynności wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa pozbawia na obecnym etapie możliwości argumentowania, że pełnomocnictwo złożone wraz z ofertą jest poprawne. Jak wskazuje Izba w KIO 249/15, „jeżeli nawet uznać by twierdzenie Odwołującego, że miał podstawy do odmiennego rozumienia ww. zapisu, zaś Zamawiający na etapie wezwania do udzielenia wyjaśnień miał zmienić rozumienie treści SIWZ - (...) - to niewątpliwie Odwołujący, dążąc do zabezpieczenia swojej sytuacji, powinien był zaskarżyć w odpowiednim terminie czynność wezwania z uwagi na to, że podstawa tego wezwania miałaby być wadliwa (w ocenie Odwołującego) rozumienie treści SIWZ. Odwołujący, posiadał w ocenie izby pełne rozeznanie, co stanowi podstawę wezwania. Z tego też względu w odpowiedzi podjął próbę przeforsowania swojego rozumienia treści SIWZ, jednocześnie uchylając się od wezwania do podania nazw producentów. Odwołujący nie zaskarżył jednak ww. czynności, ograniczając się do polemiki ze stanowiskiem Zamawiającego. Próba wykazania wadliwości tego stanowiska podjęta została następnie na etapie po wyborze najkorzystniejszej oferty. W ocenie składu orzekającego Izby, należy wskazać, że zgodnie z zasadą koncentracji środków ochrony prawnej (...) niedopuszczalna jest sytuacja, w której profesjonalny wykonawca przywołuje w odwołaniu okoliczności znane (lub możliwe do ustalenia, przy zachowaniu należytej staranności) na wcześniejszym etapie postępowania, których nie kwestionował w drodze dostępnych mu środków ochrony prawnej. Z powyższego wynika, że Konsorcjum Clar System, z uwagi na zasadę koncentracji środków ochrony prawnej, na obecnym etapie nie ma możliwości wywodzenia, że pełnomocnictwo złożone wraz z ofertą, które jest sprzeczne z treścią SIWZ jest poprawne. Konsorcjum Clar System miało bowiem czas na kwestionowanie zapisów SIWZ, a następnie na zaskarżanie wezwania do uzupełnień, czego jednak Konsorcjum Clar System nie uczyniło.

Wskutek złożonej przez Konsorcjum Clar System odpowiedzi z wyjaśnieniami (zamiast z uzupełnieniami), Zamawiający nie dokonał czynności unieważnienia wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa. Gdyby bowiem podjął taką czynność, stanowiłaby ona o niedozwolonej zmianie treści SIWZ po upływie terminu składania ofert. Dziwi zatem następcze zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Clar System, skoro na etapie wyjaśniania treści SIWZ Zamawiający konsekwentnie żądał załączenia pełnomocnictwa z umocowaniem pełnomocnika do omawianych czynności, oraz konsekwentnie przy czynności badania i oceny ofert wezwał Konsorcjum Clar System do uzupełnienia pełnomocnictwa, niezgodnego z treścią SIWZ. Zamawiający nie jest uprawniony obecnie oceniać dokumenty

złożone przez Konsorcjum Ciar System w odniesieniu do inne treści SIWZ niż opublikowana i niezaskarżona treść, wiążąca wszystkich wykonawców oraz Zamawiającego.

W toku rozprawy odwołujący przypomniał przesłanki zasadności zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zauważył, że z uwagi na przedmiot zamówienia w tym postępowaniu nie są to informacje o charakterze technicznym lub technologicznym. Nie negując dopuszczalności utajnienia danych osobowych pracowników, wskazał, że nie powinny być utajniane informacje dotyczące kosztów osobowych, wynagrodzeń. Podkreślił ogólnikowość wyjaśnień złożonych zamawiającemu przez przystępującego. Stwierdził, że zamawiający odmówił odtajnienia całości wyjaśnień bez dokonania analizy czy poszczególne informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W tym zakresie brak było weryfikacji otrzymanych wyjaśnień. Podkreślił, że zwłaszcza istotna jest różnica w elemencie ceny, jakim jest cena usługi za sprzątanie w wysokości 3000 zł miesięcznie, która nie obejmuje nawet kosztów materiałowych (zakupu środków chemicznych). Zauważył, że przy takiej konstrukcji ceny VAT jest 4,5 razy niższy w porównaniu z kolejną ceną odwołującego jak i firmy Impel Cleaning Sp. z o. o. Złożył pisemną analizę ceny przystępującego uwzględniającą niezbędne koszty na poparcie zarzutu co do rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez konsorcjum Ciar System. Na poparcie stanowiska wskazał wyrok KIO 222/15. Podkreślił, że sporządził kalkulację rzetelnie uwzględniając koszty adekwatne do usługi zgodnie z zakresem siwz z przyjęciem najniższych możliwych wielkości.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że w postępowaniu nie zaoferowano ceny rażąco niskiej, a różnica cen przystępującego i odwołującego bez podatku VAT to około 10% (2 350 000 zł – odwołujący; 2 147 000 zł - przystępujący). Rzeczywista rozbieżność cen wynika z wysokości przyjętego podatku VAT, natomiast z oferty przystępującego nie wynika, że na sprzątanie przyjęto kwotę 3000 zł.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że informacje dotyczące kalkulacji ceny, metody kalkulacji mają wartość gospodarczą i mogą być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wskazał wyroki KIO 175/13 i KIO 523/14, a także SO Katowice XIX Ga 177/07, wskazał także na wyrok SN III So 8/14. Stwierdza, że brak jest podstaw do podnoszenia zarzutu o nierównym traktowaniu wykonawcy w tym postępowaniu. Zauważył, że dla wszystkich zarzutów odwołujący wskazuje na art. 7 Pzp. Zanegował wartość dowodową kalkulacji złożonej na rozprawie jako opartej wyłącznie na doświadczeniu odwołującego i wiedzy właściwej tylko dla tego wykonawcy. Wskazał na różnice cen ofertowych w tym postępowaniu i zauważył, że porównaniu nie powinny podlegać ceny jednostkowe, jak to czyni odwołujący, lecz cena za całość zamówienia. Wskazał na treść

odpowiedzi na pytania 131, 156 i 157 z których wynika, że wykonawcy samodzielnie określali proporcje świadczonych usług ze skutkiem w zakresie zastosowania stawki VAT lub zwolnienia. Stwierdził, że nie ma podstaw do twierdzenia o popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji, ani jako sprzecznego z prawem, ani niezgodnego z dobrymi obyczajami. Takie okoliczności nie zostały wykazane.

Stwierdził, że dokument pełnomocnictwa nie jest elementem treści oferty, wskazał na ustawowy zakres pełnomocnictwa określony w art. 23 ust. 2 Pzp. Brak dodatkowych klauzul w treści pełnomocnictwa przewidzianych w siwz nie pozbawia tego pełnomocnictwa cech prawidłowości. Zakres uprawnień pełnomocnika w kwestionowanym dokumencie jest przy tym wskazany przykładowo przez użycie formuły „w szczególności”. Zauważył także, że zamawiający w piśmie z 4 marca 2015 r. wezwał do złożenia oświadczenia dotyczącego pełnomocnictwa, co nie jest tożsame z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów w rozumieniu art. 26 ust. 3 Pzp.

Po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, biorąc pod uwagę stanowiska przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, a także postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty i wyjaśnień złożonych przez przystępującego, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Przedstawiając w odwołaniu zarzuty Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem odtajnienia wyjaśnień Konsorcjum Clar System złożonych w odpowiedzi na wezwanie skierowane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, uznania wyjaśnień za niewystarczające dla uznania, że cena ofertowa jest ceną realną, odrzucenia oferty Konsorcjum Clar System z uwagi na zaferowanie ceny rażąco niskiej, odrzucenia oferty Konsorcjum Clar System z uwagi na fakt, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, oraz odrzucenia oferty Konsorcjum Clar System z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ.

Jak z powyższego wynika najdalej idącym wnioskiem odwołania jest twierdzenie o zaistnieniu trzech przesłanek odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, tj. stwierdzenia, że oferta zawiera cenę rażąco niską, oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i wreszcie, że treść oferty jest niezgodna z treścią siwz.

W zakresie zarzutu nieuzasadnionej odmowy ujawnienia wyjaśnień złożonych zamawiającemu w wyniku jego wezwania przez Konsorcjum Clar System skład orzekający stwierdza, co następuje.

Jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jedną z głównych zasad prawa zamówień publicznych (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp). Zasada ta doznaje pewnych ograniczeń, które wynikają z dalszych przepisów, jednakże stosowane być mogą w drodze wyjątku od zasady. W świetle art. 8 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Wykonawca może uczynić zastrzeżenie, iż wskazane informacje składające się na ofertę, w rozumieniu *sensu largo*, nie mogą być udostępniane, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp).

Obowiązkiem zamawiającego jest konieczność zbadania, czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, w świetle przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w istocie tak należy zakwalifikować.

W przedmiotowej sprawie kluczowe znaczenie ma rozstrzygnięcie, czy informacje zastrzeżone przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa w istocie taki przymiot posiadają. Izba dokonując badania w tym zakresie przede wszystkim wzięła pod uwagę treść zawartych informacji w piśmie wykonawcy zawierającym wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny usługi. Na podstawie dokonanego badania rodzaju informacji zawartych w tym piśmie Izba nie stwierdziła żadnych informacji noszących znamiona z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to jest informacji mających wartość gospodarczą. W ocenie Izby, aby informacja była chroniona to musi mieć ona walor stałości, reprezentatywności, stabilności i być wyznacznikiem statusu czy kondycji przedsiębiorstwa, a nie być zmienną kalkulacyjną obliczaną na użytek postępowania. Gdy nawet przyjąć, że wykonawca dokonując kalkulacji ceny na potrzeby konkretnej oferty użył informacji mających wartość gospodarczą możliwą do zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa, trudno dostrzec w okolicznościach sprawy rozpoznawanej, by takie informacje rzeczywiście zostały zawarte. Biorąc pod uwagę, że przeważającą wartość w cenie oferty stanowią koszty osobowe, nietrudno zauważyć, że dla takiego, jak rozpatrywany przedmiot zamówienia, wykonawcy co do zasady bazują na minimalnym wynagrodzeniu ze stosunku pracy i korzystają z funduszy publicznych w wielkościach wynikających i możliwych do pozyskania na podstawie obowiązującego prawa. Żadne z tych wielkości tajemnicą oczywiście nie są. Pokazanie takich wielkości nie naraża wykonawcy na utratę przychodów czy zdradę tajemnicy, co do ich źródła. Niewielkie są także możliwości budowania przewagi konkurencyjnej w oparciu o możliwe do uzyskania niskie koszty pozostałe. Analiza treści wyjaśnień mających stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa prowadzi do wniosku, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego w przedmiocie rażąco niskiej ceny w gruncie rzeczy nie identyfikują Przystępującego i sposobu kalkulacji ceny oferty. Informacje tam zawarte w istocie mogłyby się stać elementem wyjaśnień każdego z wykonawców, mają

bowiem de facto uniwersalny charakter. W tych okolicznościach nie sposób uznać, że tego rodzaju informacje mają dla Przystępującego taką wartość gospodarczą, że ich ujawnienie może przynieść Przystępującemu wymierną szkodę i osłabić jego pozycję na rynku. W tych okolicznościach zarzut naruszenia przepisu art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp należało uznać za uzasadniony.

W zakresie pozostałych zarzutów Izba uznaje, że w będącym przedmiotem rozpatrzenia postępowaniu przystępujący nie zaoferował ceny rażąco niskiej. Niesporne jest, że nie zachodziły ustawowe przesłanki bezwzględnego żądania wyjaśnień co do elementów ceny ofertowej przystępującego, wynikające z porównania tej ceny do pozostałych lub wartości przedmiotu zamówienia. Otrzymane przez zamawiającego na jego wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp wyjaśnienia potwierdziły realność zaoferowanej ceny. Warto zauważyć, że różnica cen przystępującego i odwołującego bez podatku od towarów i usług (tzw. cena netto) to około 10%, gdyż odwołujący zaoferował cenę w wysokości 2 350 000 zł – , natomiast przystępujący - 2 147 000 zł. Istotne jest spostrzeżenie, że rzeczywista rozbieżność cen wynika z wysokości przyjętej przez wykonawców kwoty podatku VAT, która wynika z faktu, że część usług objęta jest stawką podstawową tego podatku, a część jest od podatku zwolniona. Można zauważyć, że wszyscy wykonawcy, w tym odwołujący przy kalkulacji ceny w znaczącym zakresie kalkulowali zakres usług zwolnionych z podatku, co miało wpływ na cenę ostateczną. Możliwość taką wskazał zresztą wykonawcom zamawiający wyjaśniając, że wykonawcy samodzielnie określać mają proporcje świadczonych usług ze skutkiem w zakresie zastosowania stawki VAT lub zwolnienia. W tym świetle nie ma podstaw do twierdzenia o popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji, jako sprzecznego z prawem, ani niezgodnego z dobrymi obyczajami, skoro metodologia budowania ceny była znana i dostępna każdemu wykonawcy.

Odnosnie zarzutu niezgodności treści oferty z wymogami siwz wobec złożenia przez przystępującego z ofertą pełnomocnictwa o treści odmiennej od wymaganej postanowieniami specyfikacji, należy zauważyć, że dokument pełnomocnictwa, w rozpatrywanym zakresie będącym tzw. pełnomocnictwem konsorcjalnym opartym na treści art. 23 ust. 2 z powołanym przepisem ustawy jest w pełni zgodny. Brak dodatkowych klauzul opisanych w postanowieniach siwz nie odbiera temu dokumentowi waloru ważności i poprawności. Jako oświadczenie woli w rozumieniu kodeksu cywilnego, złożone pełnomocnictwo obejmuje nadto także inne uprawnienia pełnomocnika w nim niewymienione literalnie przez użycie formuły „w szczególności”. Dokument pełnomocnictwa zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy pzp, w którym jest wprost wymieniony, jest dokumentem podlegającym uzupełnieniu w razie jego wadliwości. W tym zakresie zamawiający w piśmie z 4 marca 2015 r. wezwał wykonawcę do

złożenia oświadczenia dotyczącego pełnomocnictwa, a w odpowiedzi na te wezwanie otrzymał stosowne oświadczenie z wyjaśnieniami na potwierdzenie prawidłowości pełnomocnictwa. Wobec powyższego zarzut jest nieuzasadniony.

Mając powyższe na uwadze odwołanie zostało oddalone, pomimo iż zarzut dotyczący nieuzasadnionej odmowy odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, został potwierdzony.

Z uwagi na fakt, że okoliczność ta pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, jakim jest w sprawie rozpatrywanej wybór oferty najkorzystniejszej, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 zdanie pierwsze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....