

WYROK

z dnia 31 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Anna Kurowska
Członkowie:	Luiza Łamejko
	Rafał Malinowski
Protokolant:	Adam Skowroński
po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 marca 2022 r.	w Warszawie odwołania wniesionego
do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14	marca 2022 r. przez Odwołującego

Konsorcjum firm: Lider - Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Partnerzy: Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Ś. P. z siedzibą we Wrocławiu, ANN-POL INWESTYCJE 3 - Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Towarzystwo Budownictwa Społecznego Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy udziale Wykonawcy S&A Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu wskazanego w punkcie 4. petitum odwołania i nakazuje Zamawiającemu Towarzystwu Budownictwa Społecznego Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1 i 2 zamówienia;

- odstąpienie zastrzeżonych przez Wykonawcę S&A Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów w postaci załączników do pisma z dnia 18 lutego 2022 r. stanowiącego odpowiedź na wezwanie do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny w zakresie części 1 i 2 zamówienia, tj. dowodu nr 1: szczegółowa kalkulacja, dowodu nr 3: potwierdzenie korzystnych warunków u dostawców i usługodawców, dowodu nr 4: warunki ewentualnej współpracy z podwykonawcami;

- powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie części 1 i 2 zamówienia;

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego Konsorcjum firm: Lider - Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Partnerzy: Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Ś. P. z siedzibą we Wrocławiu, ANN-POL INWESTYCJE 3 - Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu w części 3/4 oraz Zamawiającego Towarzystwo Budownictwa Społecznego Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w części 1/4;

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Konsorcjum firm: Lider - Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Partnerzy: Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Ś. P. z siedzibą we Wrocławiu, ANN-POL INWESTYCJE 3 - Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Zamawiającego Towarzystwa Budownictwa Społecznego Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od Zamawiającego - Towarzystwa Budownictwa Społecznego

Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na rzecz Odwołującego Konsorcjum firm: Lider - Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Partnerzy: Przedsiębiorstwo Usług

Wielobranżowych Ś. P. z siedzibą we Wrocławiu, ANN-POL INWESTYCJE 3 - Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu kwotę 1 050 zł 00 gr (słownie: tysiąc pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 700/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Towarzystwo Budownictwa Społecznego Wrocław Sp. z o.o. - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego mające za przedmiot „Wykonywanie kompleksowej usługi sprzątnia polegającej na utrzymaniu czystości i wykonywaniu prac porządkowych w częściach wspólnych budynków mieszkalnych i na terenach zewnętrznych przy budynkach mieszkalnych wraz z myciem okien nieotwieranych, stanowiących własność TBS Wrocław Spółka z o.o. położonych we Wrocławiu oraz w budynkach biurowych i na terenach zewnętrznych w zasobach TBS Wrocław”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 grudnia 2021 r. pod nr 2021/S 252-670739.

W dniu 14 marca 2022 r. Wykonawca Konsorcjum firm: Lider - Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Partnerzy: Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Ś. P. z siedzibą we Wrocławiu, ANN-POL INWESTYCJE 3 - Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”:

1. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty S&A Service sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w zakresie Części 1 i 2 zamówienia, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na przesunięciu części kosztów wykonania usług dotyczących powierzchni wewnętrznych (usługi objęte 23% stawką podatku VAT) do kosztów wykonania usług dotyczących powierzchni

zewewnętrznych (usługi objęte 8% stawką podatku VAT), co pozwoliło S&A Service Sp. z o.o. na obniżenie ceny brutto oferty, co stanowi działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami oraz narusza interes Odwołującego i Skarbu Państwa, bowiem należny Skarbowi Państwa podatek VAT zostanie zapłacony w niższej wysokości;

2. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty S&A Service sp. z o.o. pomimo, że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny lub kosztu;

3. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty S&A Service pomimo, że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim Wykonawca S&A Service przerzucił koszty świadczenia usług z pozycji dotyczącej powierzchni wewnętrznych do pozycji dotyczącej powierzchni zewnętrznych, pomimo że w rozdziale XIV ust. 6 SWZ Zamawiający wprost wskazał, że Wykonawca nie może kosztów realizacji danej czynności doliczać do kosztów realizacji innych czynności;

4. art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę S&A Service, mimo że zastrzeżone przez niego informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (m.in. wykonawca nie sprostował udowodnieniu, że w jego przedsiębiorstwie w istocie utrzymywana jest tajemnica przedsiębiorstwa);

jako zarzut ewentualny, w przypadku uznania przez Izbę, że ww. zarzut podlega oddaleniu, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy S&A Service pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę jednostkową (która stanowi istotną

część składową) w stosunku do przedmiotu zamówienia - cena jednostkowa dotycząca sprzątania powierzchni wewnętrznych, oraz poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień prowadzącą do uznania, że cena zaoferowana przez S&A nie jest rażąco niska.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty S&A jako oferty najkorzystniejszej w ramach Części nr 1 i 2 zamówienia;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu;
3. odrzucenia oferty S&A w ramach Części nr 1 i 2 zamówienia z uwagi na to, że stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, zawiera błąd w obliczeniu ceny i jest niezgodna z warunkami zamówienia;
4. odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu dokumentów objętych przez S&A ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez S&A w zakresie części 1 i 2 zamówienia oraz zastrzeżonych załączników do wyjaśnień;

ewentualnie

odrzucenia oferty S&A w ramach Części nr 1 i 2 zamówienia z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę jednostkową, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz ponowienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Części 1 i 2 zamówienia. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący w pierwszej kolejności zakwestionował skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego. Odwołujący stwierdził, że Przystępujący nie przedłożył żadnych dowodów stanowiących o stosowaniu tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego złożony

przez Przystępującego wzór oświadczenia - zobowiązania do zachowania tajemnicy służbowej - nie może stanowić takiego dowodu. W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że Przystępujący nie wykazał kto i w jakim zakresie ma dostęp do danych niejawnych, nie złożył kopii dokumentów o zachowaniu niejawności podpisanych przez pracowników dopuszczonych do informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, a dalsza treść zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie dowodzi podstaw objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji udostępnionych, stanowi jedynie kopię opinii UZP i wyroków, natomiast nie stanowi wykazania procedur, praktyk i dowodów wpływających na ocenę istnienia przesłanki zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Następnie Odwołujący wskazał za wyrokiem KIO z dnia 3 lutego 2021 r. (sygn. akt KIO 24/21), że tajemnicą przedsiębiorstwa można objąć jedynie informacje, nie zaś cały dokument. Odwołujący podniósł, że istotne jest udostępnienie kalkulacji z uwagi na fakt, że powinny się w niej znajdować wszystkie składowe wyceny usługi - w ocenie Odwołującego prawdopodobnym jest, że nie wszystkie elementy zostały uwzględnione w cenie zaoferowanej przez Przystępującego, który zastosował rażąco niską cenę jednostkową. Odwołujący powołał się na fakt, że tajemnica przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności i przesłanki jej zastosowania powinny być interpretowane ściśle. Odwołujący powołał się na brzmienie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazując, że do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa konieczne jest nie tylko wykazanie spełniania obiektywnych przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk, ale też prawidłowe wykazanie tego faktu. Odwołujący wskazał, że zastrzeżenie bezzasadne, brak złożenia lub niedostateczne uzasadnienie, brak dowodów potwierdzających, że wykonawca podjął środki zmierzające do zachowania informacji w tajemnicy skutkuje odtajnieniem zastrzeżonych informacji. W ocenie Odwołującego bezpodstawne zastrzeżenie poufności faworyzuje Przystępującego powodując niemożność zapoznania się z treścią złożonych przez niego wyjaśnień w zakresie ceny. Odwołujący podniósł, że uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez Przystępującego ma charakter ogólny i nie potwierdza zasadności utajnienia. W ocenie Odwołującego uzasadnienie ogranicza się do stwierdzenia, że zastrzeżone informacje stanowią informacje organizacyjne i technologiczne przedsiębiorstwa oraz mają wartość gospodarczą, czego Przystępujący nie uzasadnił. Zawarte w uzasadnieniu twierdzenie co do podjęcia odpowiednich środków służących zachowaniu w poufności zastrzeżonych informacji jest gołosłowne, a uzasadnienie nie jest poparte dowodami.

W dalszej kolejności Odwołujący zarzucił Przystępującemu, że nie doszacował istotnej części składowej ceny jednostkowej - pozycji cenowych w formularzu cenowym w pozycji powierzchnia wewnętrzna z uwagi na błąd metodologiczny w sposobie wyliczenia ceny ofertowej - Przystępujący nie skalkulował w ramach podanych cen jednostkowych za usługę ujętą w pozycji powierzchnia wewnętrzna wszystkich kosztów realizacji wycenianej usługi. Odwołujący podniósł, że Przystępujący za wiążącą potraktował cenę brutto za całość usługi, a ceny jednostkowe traktował pomocniczo i nie widział konieczności ujęcia w nich pełnych kosztów realizacji usługi. Odwołujący wskazał, że ze wzoru formularza ofertowego wynika, iż Zamawiający żądał, aby podana cena za całość zamówienia w ramach każdego z zadań wynikała z cen jednostkowych za metr kwadratowy pomnożonej przez liczbę metrów.

Następnie Odwołujący zarzucił, że wyjaśnienia Przystępującego w zakresie ceny są nierzetelne, nieuwzględniające wyjaśnień składowych ceny i niedowodzące uwzględnienia

zapisów SWZ, w której Zamawiający wskazał, iż Wykonawca nie może kosztów realizacji danej czynności doliczać do kosztów realizacji innych czynności (rozdział XIV ust. 6 SWZ).

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że Przystępujący zaoferował stawki niższe niż średnia pozostałych ofert. Odwołujący przedstawił tabelaryczne porównanie stawek zaoferowanych przez Wykonawców ubiegających się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia - części 1 i 2.

Następnie Odwołujący, przedstawiając zakres przedmiotu zamówienia określony w SWZ wskazał, że analiza ustalonych przez Zamawiającego wymagań prowadzi do wniosku, że Zamawiający narzucił Wykonawcom zatrudnienie pracowników i wykonanie usług w wymiarze % etatu do pracy w godzinach 6:00-10:00 (prace z uwagi na ciszę nocną mogą rozpocząć się najwcześniej o godzinie 6:00). Tymczasem zaoferowane stawki za powierzchnie wewnętrzne w ocenie Odwołującego nie są wystarczające do opłacenia pracowników. Miesięczne wynagrodzenie Przystępującego za sprzątanie powierzchni wewnętrznych w ramach zadania nr 1 wynosi 5090,62 zł, roboczogodzina pracownika kosztuje 24,00 zł z uwzględnieniem wszystkich składek i kosztów zatrudnienia. W ocenie

Odwołującego za miesięczne wynagrodzenie Przystępujący jest w stanie opłacić dziennie 10,1 godzin pracy (606 minut) pracownika świadczącego sprzątanie powierzchni

wewnętrznej. Następnie Odwołujący wskazał, że w ramach części nr 1 jest 177 klatek schodowych przeznaczonych do codziennego sprzątania, co oznacza, że pracownik ma 3:42 minuty na sprzątnięcie jednej klatki wraz z dojściem do niej. Ponadto Odwołujący wskazał, że miesięczne wynagrodzenie Przystępującego za sprzątanie powierzchni wewnętrznej pozwala na opłacenie 1,26 etatu miesięcznie. Do zrealizowania zamówienia za zaoferowaną stawkę konieczne w ocenie Odwołującego jest przyjęcie, że pracownik sprząta 140 klatek dziennie, co jest niemożliwe do zrealizowania. Odwołujący wskazał, że analogicznie dla części nr 2 zamówienia, gdzie znajduje się 148 klatek schodowych, miesięczne wynagrodzenie wynosi 4151,82 zł, co pozwala na opłacenie 8,24 godzin pracy pracownika w ciągu dnia (494 minuty), co oznacza, że pracownik będzie miał 3:34 minuty na realizację zadania. Przy czym wysokość miesięcznego wynagrodzenia pozwala na opłacenie 1,03 etatu, czyli w ramach jednego etatu pozostają 144 klatki dziennego sprzątania. W ocenie Odwołującego Przystępujący za zaoferowaną cenę nie jest w stanie zrealizować zamówienia - zamierzał je wykonać przy zastosowaniu mechanizmu przesunięcia kosztów w sposób niezgodny z zapisami SWZ, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Jak wskazał Odwołujący przenoszenie kosztów poszczególnych składowych ceny pomiędzy pozycjami formularza w sytuacji, gdy ma lub może mieć wpływ na cenę końcową, względnie ma na celu uzyskanie przewagi konkurencyjnej, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że przerzucenie części rzeczywistych kosztów realizacji prac objętych stawką podatku VAT w wysokości 23% do pozycji obejmującej prace objęte stawką podatku VAT w wysokości 8% powoduje wykorzystanie przez Przystępującego różnicy w wysokości 15% opodatkowania przez sztuczne obniżenie ceny ofertowej. W ocenie Odwołującego prowadzi to do sztucznego nieuzasadnionego zwiększenia przewagi konkurencyjnej przez Przystępującego, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji niezależnie od tego, czy wywołało rzeczywiste zaburzenie warunków konkurencyjności. W ocenie Odwołującego Przystępujący w przedmiotowym postępowaniu doprowadził jednak do zaburzenia konkurencji zaniżając cenę swojej oferty, co dało mu większą liczbę punktów i wyższe miejsce w rankingu ofert.

W dalszej kolejności Odwołujący zakwestionował, by Przystępujący był w stanie za stawkę zaoferowaną w odniesieniu do pozycji wewnętrznej wykonać usługę. Zaoferowana cena w ocenie Odwołującego jest nierynkowa i Przystępujący uzyskał ją poprzez przesunięcie kosztów na sprzątanie powierzchni objętych stawką podatku VAT o wysokości 8%. Jednocześnie Odwołujący zarzucił Przystępującemu brak udowodnienia, że cena nie jest rażąco niska i uwzględni wszystkie koszty usługi.

Następnie Odwołujący wskazał, że żądanie przedstawienia formularza cenowego wraz z określeniem stawek jednostkowych i wartości usługi w rozbiciu na poszczególne rodzaje powierzchni wskazuje, że elementy te powinny zostać skalkulowane w sposób rzetelny z uwzględnieniem w szczególności zatrudnienia wymaganej liczby osób - stanowią bowiem istotne elementy ceny oferty. Odwołujący podniósł także, że Wykonawca w wyjaśnieniach powinien wykazać realność każdej ze stawek - niespełnienie tego obowiązku powinno obligować Zamawiającego do wezwania Wykonawcy do uzupełnienia wyjaśnień. Odwołujący podniósł, że Przystępujący powinien złożyć konkretne i wyczerpujące wyjaśnienia poparte dowodami.

Odwołujący przedstawił tabelaryczne zestawienie kalkulacji cen rynkowych oraz wynikającą z tej kalkulacji wartość podatku VAT wynoszącą odpowiednio w zakresie zadania nr 1 o 42395,13 zł więcej i w zakresie zadania nr 2 o 36099,84 zł więcej.

Jako dowód potwierdzający, że ceny zaoferowane w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez Przystępującego nie są rynkowe Odwołujący przywołał ceny ofertowe, jakie Przystępujący oferuje w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia z analogicznym zakresem utrzymania (dla Zamawiającego „Wrocławskie mieszkania”), jak również postępowania odwoławcze, w których cena zaoferowana przez Przystępującego została uznana za cenę rażąco niską.

Odwołujący stwierdził, że różnica między cenami rynkowymi w toku przedmiotowego postępowania w zakresie powierzchni wewnętrznych zaoferowanymi przez Przystępującego i innych Wykonawców jest dowodem na to, że Przystępujący dokonał niedozwolonych przesunięć w ramach ceny ogółem i część kosztów wykonania usługi w zakresie powierzchni wewnętrznej przesunął do kosztów wykonania usługi na powierzchniach zewnętrznych objętych niższą stawką podatku VAT, co doprowadziło do obniżenia ceny oferty i uszczuplenia podatku VAT.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że w roku 2019 Przystępujący złożył ofertę zawierającą stawkę 0,20 zł netto/m² powierzchni wewnętrznej.

Pismem wniesionym w dniu 28 marca 2022 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz przedstawił argumentację na poparcie swojego wniosku.

Stanowisko w sprawie złożył także Przystępujący pismem z dnia 25 marca 2022 r., w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz przedstawił argumentację.

Izba ustaliła, że przystąpienie do przedmiotowego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca S&A Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wykonywanie kompleksowej usługi sprzątania polegającej na utrzymaniu czystości i wykonywaniu prac porządkowych w częściach wspólnych budynków mieszkalnych i na terenach zewnętrznych przy budynkach mieszkalnych wraz z myciem okien nieotwieranych, stanowiących własność TBS Wrocław Spółka z o.o. położonych we Wrocławiu oraz w budynkach biurowych i na terenach zewnętrznych w zasobach TBS Wrocław.

Przedmiot zamówienia został podzielony na 4 części.

Zadanie nr 1 miało być realizowane z podziałem na trzy pozycje: powierzchnia wewnętrzna (o pow. 24241,04) oraz powierzchnia zewnętrzna (o pow. 197124,85) oraz powierzchnia w garażach.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla zadania 1 i 2 został określony w Załączniku nr 2.1 do SWZ oraz w Załączniku nr 2.2. do SWZ.

W zakresie Zadania nr 1 w szczegółowym zakresie obowiązków firmy sprzątającej w zakresie budynków mieszkalnych Zamawiający określił prace w 18 punktach. Prace wskazane w punkcie 1. Zamawiający określił z ograniczeniem czasowym do ich wykonania (zamiatanie holu i korytarzy przy wejściu do budynków oraz kabin dźwigowych - do godz. 10:00). Szczegółowy zakres obowiązków w odniesieniu do terenów przyległych do budynków mieszkalnych Zamawiający ustalił zastrzegając ograniczenie czasowe do wykonania niektórych spośród objętych tą pozycją prac: punkt 1.: Zamiatanie chodników, usuwanie z chodników błota i innych odpadów (...) do godz. 9:00; punkt 9.: w okresie występowania gołoledzi - do godz. 9:00 bieżące odśnieżanie chodników, pojazdów, bram wejściowych, przy czym budynki, w których zamieszkują osoby niepełnosprawne do godz. 7:00, w okresie zimowym podczas opadów śniegu i występowania gołoledzi: codzienne odśnieżanie do godz. 9:00 przy czym budynki, w których zamieszkują osoby niepełnosprawne do godz. 7:00.

Zadanie nr 2 miało być realizowane z podziałem na trzy pozycje: powierzchnia wewnętrzna (o pow. 1822,31) oraz powierzchnia zewnętrzna (o pow. 8851,28) oraz powierzchnia w garażach.

W zakresie Zadania nr 2 Zamawiający w analogiczny sposób jak w zadaniu nr 1 określił prace z zastrzeżeniem czasowej granicy ich wykonania.

Za wykonanie usług objętych przedmiotem umowy Zamawiający zapłaci Wykonawcy następujące miesięczne wynagrodzenie: w wysokości zł łącznie z podatkiem VAT/

obliczone w sposób następujący: powierzchnia wewnętrzna budynków.....(cena jednostkowa netto) + podatek VAT plus powierzchnia terenów zewnętrznych przyległych do budynków (cena jednostkowa netto) + podatek VAT plus powierzchnia stanowisk postojowych i dróg w garażach podziemnych (cena jednostkowa netto) + podatek VAT.

Maksymalne nominalne wynagrodzenie z tytułu realizacji niniejszej umowy w okresie jej obowiązywania nie przekroczy kwoty..

Pismem z dnia 20 stycznia 2022 r. zawierającym pytania do SWZ i odpowiedzi na zadane pytania, Zamawiający zawarł pytanie oznaczone numerem 16 wraz z odpowiedzią w następującym brzmieniu:

Pytanie nr 16: Ilu pracowników „dodatkowych” do odśnieżania wymaga Zamawiający?

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że nie wskazuje wymagań w tym zakresie, po stronie Wykonawcy pozostaje opracowanie koncepcji realizacji zamówienia w taki sposób, aby był on efektywny i zgodny z wymaganiami Zamawiającego.

Jednocześnie w odpowiedzi na pytanie nr 3 dotyczące organizacji pracy Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

Wskazane pytania dotyczą sposobu organizacji pracy w ramach realizacji przedmiotu umowy. Sposób określenia sposobu realizacji pracy należy do Wykonawcy. (...).

W treści odwołania Odwołujący przedstawił niesporne tabelaryczne zestawienie stawek zaoferowanych przez Wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia w części 1 i 2 zamówienia:

Przystępujący					
Zadanie Nr 1			Zadanie Nr 2		
Powierzchnia do sprzątnia		Cena jednostkowa za 1 m ² /miesiąc	Powierzchnia do sprzątnia		Cena jednostkowa za 1 m ² /miesiąc
Powierzchnia wewnętrzna		0,21	Powierzchnia wewnętrzna		0,21
Powierzchnia garażach w	0,40		Powierzchnia garażach w	0,40	
Powierzchnia zewnętrzna	0,27		Powierzchnia zewnętrzna	0,28	

Odwołujący					
Zadanie Nr 1			Zadanie Nr 2		
Powierzchnia do sprzątnia		Cena jednostkowa za 1 m ² /miesiąc	Powierzchnia do sprzątnia		Cena jednostkowa za 1 m ² /miesiąc
Powierzchnia wewnętrzna		0,60	Powierzchnia wewnętrzna		0,65
Powierzchnia garażach w	0,20		Powierzchnia garażach w	0,20	
Powierzchnia zewnętrzna	0,40		Powierzchnia zewnętrzna	0,39	

Wykonawca EPA GREEN					
Zadanie Nr 1			Zadanie Nr 2		
Powierzchnia do sprzątnia		Cena jednostkowa za 1 m ² /miesiąc	Powierzchnia do sprzątnia		Cena jednostkowa za 1 m ² /miesiąc

Powierzchnia wewnętrzna		1,10	Powierzchnia wewnętrzna		1,10
Powierzchnia garażach	w	0,95	Powierzchnia garażach	w	0,95
Powierzchnia zewewnętrzna		0,20	Powierzchnia zewewnętrzna		0,25
Wykonawca ABC Service					
Zadanie Nr 1			Zadanie Nr 2		
Powierzchnia sprzątnia	do	Cena jednostkowa za 1 m ² /miesiąc	Powierzchnia sprzątnia	do	Cena jednostkowa za 1 m ² /miesiąc
Powierzchnia wewnętrzna		0,38	Powierzchnia wewnętrzna		0,49
Powierzchnia	w	0,88	Powierzchnia	w	0,93
garażach			garażach		
Powierzchnia zewewnętrzna		0,38	Powierzchnia zewewnętrzna		0,49

Pismem z dnia 14 lutego 2022 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny dla części 1 i 2.

Wezwany Wykonawca pismem z dnia 18 lutego 2022 r. złożył wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny. Izba ustaliła, że do ww. pisma Przystępujący załączył 5 dowodów, spośród których trzy zastrzegł jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa: dowód nr 1: szczegółowa kalkulacja, dowód nr 3: potwierdzenie korzystnych warunków u dostawców i usługodawców, dowód nr 4: warunki ewentualnej współpracy z podwykonawcami.

W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępujący powołał się na brzmienie art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2020 poz. 1913), jak również przedstawił poglądy orzecznictwa.

W dalszej części Przystępujący przedstawił następujące uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa:

(...) 2.3 Wykonawca wskazuje, że informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa stanowią informacje organizacyjne przedsiębiorstwa Wykonawcy, posiadające wartość gospodarczą. Informacje te dotyczą wprost wartości kwotowych, procentowych i liczbowych, obrazujących kalkulację elementów ceny oferty, a także wybranych elementów dostępnego Wykonawcy potencjału organizacyjnego (oferty dostawców, partnerów handlowych Wykonawcy). Na dowód powyższego wyjaśniamy, iż zastrzeżone przez nas informacje takie jak rabaty u dostawców, czy oferty współpracy, a także szczegółowa kalkulacja są danymi wrażliwymi, objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa. Są to warunki wynegocjowane indywidualnie, mające charakter technologiczny i organizacyjny firmy i nie podawane do publicznej wiadomości oraz wobec, których podjęto działania związane z zachowaniem ich w poufności.

2.4 Jak wskazuje się w orzecznictwie, wartość gospodarcza informacji przejawia się przede wszystkim w możliwości wykorzystania jej przez konkurencję.

2.4.1 „Informacja o danym rynku usługodawców i zasadach współpracy z tymi podmiotami wpisuje się w charakter informacji istotnych z punktu widzenia działalności danego wykonawcy.” (wyrok KIO z dnia z dnia 7 stycznia 2016 r., KIO 2743/16);

2.4.2 „Dane posiadające wartość gospodarczą i handlową dla wykonawcy i stanowiące swego rodzaju know-how przedsiębiorcy nie muszą być informacjami, których ujawnienie "mogłyby zachwiać pozycją spółki na rynku świadczonych usług". Wystarczy, że ujawnienie tych informacji może narazić przedsiębiorcę na stratę w postaci pozyskania przez

konkurencję zdobytej przez niego wiedzy o charakterze gospodarczym i handlowym, której konkurencja nie posiada" (wyrok KIO z dnia 26 lutego 2016 r., KIO 188/16);

2.4.3 zasadniczo pojedyncze informacje o parametrach technicznych, organizacyjnych czy finansowanych nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa (przykładowo koszty działalności danego przedsiębiorcy dostępne w sprawozdaniach finansowych), ale zbiór pojedynczych parametrów już może stanowić informację stanowiącą tajemnicę (ujawnienie kosztów zarządu, zestawienie tych danych z zyskiem Wykonawcy oraz wynegocjowanymi ofertami handlowymi) - podobne zapatrywanie na charakter informacji, jako zbioru pewnych danych,

mogących podlegać ochronie (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 grudnia 2017 r., KIO 2421/17).

2.5 W ocenie Wykonawcy już sam fakt współpracy z konkretnymi podmiotami może być objęty tajemnicą przedsiębiorstwa, to tym bardziej wartość po jakiej Wykonawca może uzyskać lub usługi lub nabyć określone urządzenia. Na rynku wysoce konkurencyjnym, każda, nawet niewielka, odmienność w organizacji przedsiębiorcy, w tym w poziomie cen negocjowanych z dostawcami może stanowić o jego przewadze konkurencyjnej.

2.6 Zdecydowanie udostępniane w niniejszym piśmie (w części zastrzeżonej) informacje i dokumenty mają taki charakter. Korzystając z posiadanych zasobów oraz kontaktów biznesowych Wykonawca skonstruował dla Zamawiającego ekonomicznie najkorzystniejszą ofertę. Przekazanie konkurencji przewag biznesowych Wykonawcy, może natomiast w przyszłości utrudnić lub nawet uniemożliwić wykonawcy przedkładanie porównywalnych ofert, co narazi Wykonawcę na wymierną szkodę.

[Zakres zastrzeżenia. Niejawność zastrzeżonych informacji]

2.7 Zastrzeżone informacje obejmują również wiadomości przydatne do prowadzenia działalności na rynku właściwym dla Wykonawcy. Dane te nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, gdyż nie mogą być uzyskane przez inne podmioty, w tym także konkurentów, w zwykłej i dozwolonej drodze, np. nie są dostępne na stronie internetowej Wykonawcy. Informacje te stanowią "know-how", które korzysta z ochrony prawnej wyznaczonej przez

przepisy prawa, w tym przez UZNK. Konkurencja posiadając te dane jest w stanie dostosować oferowane przez siebie ceny tak, aby wykluczyć Wykonawcę z rynku usług porządkowych.

2.8 Wykonawca nie upubliczniał również informacji zarówno w zakresie partnerów handlowych - uzyskiwanych od nich ofert, stosowanej polityki cenowej czy warunków handlowych, na jakich współpracuje z tymi partnerami. Wykonawca w żaden sposób nie udostępnia publicznie informacji dotyczących w szczególności: wynegocjowanych kontraktów z dostawcami, usługodawcami, kosztów związanych z realizacją zawartych umów, poziomu wynagrodzeń poszczególnych osób, marżochłonności i wielkości zakładanych zysków.

2.9 W kontekście powyższego, warto zwrócić uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z

dnia 14 kwietnia 2014 r., KIO 495/14, KIO 507/14, KIO 508/14, gdzie Izba stwierdziła, iż ewentualne odtajnienie takich informacji (kontakty handlowe, polityka cenowa) stanowiłoby także naruszenie zasady uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp: „Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jego pozyskanie. Ułatwienie innym wykonawcom dostępu do tajemnic handlowych, strategii firmy, kontaktów handlowych, czy sposobu prowadzenia polityki cenowej i pozyskanych ofert, prowadzi do jawnego naruszenia zasady uczciwej konkurencji”.

[Działania podjęte w celu zachowania poufności informacji]

2.11 Wykonawca pragnie oświadczyć ponadto, iż w celu zachowania poufności danych i informacji objętych zastrzeżeniem podjął on odpowiednie działania zarówno o charakterze organizacyjnym, technicznym i prawnym.

2.12 Wśród działań o charakterze technicznym należy wskazać w szczególności wdrożone u Wykonawcy systemy zabezpieczeń danych i informacji. Dostęp do tych danych i informacji, przechowywanych na serwerach, którymi dysponuje Wykonawca, ograniczają względem nieupoważnionych osób trzecich zastosowane zabezpieczenia tychże serwerów, które są odpowiednio zabezpieczane, serwisowane i aktualizowane. Informacje te zabezpieczone są również w sposób fizyczny, dostępne w pomieszczeniach, do których dostęp posiada ograniczony zakres osób uprawnionych biorących udział w przygotowaniu oferty.

2.13 Dokumenty finansowe pomiędzy dostawcami a Wykonawcą przekazywane są

bezpośrednio, natomiast dostawy kierowane są na miejsca przeznaczenia co stanowi dodatkowe zabezpieczenie do danych wrażliwych, objętych tajemnicą przedsiębiorstwa przez osoby nieupoważnione. Ponadto wskazujemy, iż stosujemy wewnętrzne oświadczenia o zachowaniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Nasi pracownicy podpisują dokument o ochronie informacji o technologii, stosowanym sprzęcie i środkach oraz dostawcach i firmach współpracujących (Dowód nr 5).

2.14 Zgodnie z tymi wdrożonymi środkami o charakterze organizacyjnym, dane i informacje dostępne były wyłącznie osobom bezpośrednio zaangażowanym w przygotowanie oferty.

[Podsumowanie]

2.15 Biorąc pod uwagę argumenty, bez żadnych wątpliwości informacje dotyczące sposobu /metodologii/szczegółowej kalkulacji ceny przez Wykonawcę stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

2.16 Przedstawiona szczegółowa kalkulacja kosztów i przyjęta metodologia wyliczenia ceny, stanowiącą w praktyce o konkurencyjności przedsiębiorstwa Wykonawcy na danym rynku. Informacje o wysokości wynegocjowanych stawek świadczenia usług przez, usługodawców i dostawców Wykonawcy, wynagrodzenia osób, jak również dane dotyczące ryzyk gospodarczych, stanowią niewątpliwie informacje o charakterze gospodarczym i organizacyjnym.

2.17 Wykonawca wykazał również dlaczego zastrzega całość informacji dotyczących założeń kalkulacji ceny, a także jakie podjął działania w celu zapewnienia poufności tych informacji.

2.18 Reasumując, niniejsze zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma na celu ochronę istotnych interesów Wykonawcy i w opinii Wykonawcy jest konieczne i uzasadnione, dlatego też Wykonawca wnosi o nieujawnianie tych informacji, a także dokumentów, w których zostały one zawarte.

W dalszej części wyjaśnień Przystępujący ponownie odniósł się do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazując, co następuje.

4.3 W zakresie objęcia informacji i dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa, Wykonawca pragnie dodatkowo wskazać wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00). Powszechnie przyjmuje się zdaniem SN, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) "nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się "tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorożumianej, informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy inny przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub, gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec poznać może, jaką metodę produkcji zastosowano. Jednocześnie "tajemnica" nie traci zaś swego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, którym przedsiębiorca powierza informację.

Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji powinno prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

4.4 Biorąc pod uwagę orzecznictwo sądów, treść przepisów szczególnych, a w szczególności definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, za tajemnicę taką należy uznać np. dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu (postanowienie Sądu Antymonopolowego z dnia 15 maja 1996 r., sygn. akt XVII Amz 1/96).

4.5 Przesłanki o których mowa w art. 11 ust. 2 UZNK zostały kumulatywnie spełnione, w związku z czym wykonawca wnosi o nieujawnianie informacji zastrzeżonych niniejszym pismem jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 4 marca 2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej - w zakresie części 1 i 2 zamówienia była to oferta złożona przez Przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowisko Zamawiającego i Przystępującego złożone na piśmie, jak również stanowiska stron podane do protokołu rozprawy wraz z dowodami, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

W uzasadnieniu stanowiska Izby zachowano kolejność odpowiadającą kolejności przyjętej w sentencji wyroku z jednoczesnym uwzględnieniem kolejności zarzutów wskazanych w odwołaniu.

Izba uznała, że zarzut Odwołującego oznaczony punktem 4 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę S&A Service, zasługuje na uwzględnienie.

Tytułem wstępu wskazać należy, że zgodnie z brzmieniem przepisu art. 18 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. W myśl przepisu art. 18 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Zgodnie z treścią ustępu 3. ww. przepisu nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dostrzec należy, że naczelną zasadą systemu zamówień publicznych jest wyrażona w przepisie art. 18 ust. 1 ustawy Pzp zasada jawności, która ograniczenia może doznać wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. Wyjątkiem od niej jest objęcie niejawnością informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa na warunkach określonych w przepisie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, czyli pod warunkiem wykazania przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 stycznia 2022 r. (sygn. akt KIO 18/22), (...) Nowelizacja poprzednio obowiązującej ustawy nałożyła na wykonawcę obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Rozwiązanie takie zostało utrzymane w obecnie obowiązującym stanie prawnym. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się konieczność „wykazania” oznacza obowiązek dużo dalej idący, niż tylko złożenie oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się deklaracji, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki, czy też przedstawienia ogólnikowych twierdzeń mających uzasadnić zastrzeżenie.

Biorąc pod uwagę powyższe należy wskazać, że kluczowym dla oceny skuteczności zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jest zbadanie, czy wykonawca wykazał skuteczność zastrzeżenia wraz z przekazaniem takich informacji kierując się przesłankami, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który wskazuje na łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa:

1. informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą;
2. informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób;
3. uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Podkreślenia przy tym wymaga, że badaniem Izby jest objęta leżąca po stronie

Zamawiającego czynność polegająca na dokonaniu oceny uzasadnienia faktycznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawionego przez wykonawcę. Co istotne, Izba nie bada tego, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Podobnie zadaniem Zamawiającego jest rozstrzygnięcie, czy wykonawca w sposób należyty uargumentował zasadność zastrzeżenia informacji.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba podzieliła stanowisko Odwołującego i uznała, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez Przystępującego nie jest skuteczne z tej przyczyny, że nie zostały spełnione przesłanki wskazane w przepisie art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że uzasadnienie złożone przez Przystępującego sprowadza się do deklaracji co do spełniania przesłanek określonych w ww. przepisie oraz przedstawienia twierdzeń o charakterze na tyle ogólnym, że nie mogą one stanowić podstawy do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i wyłączenia zasady jawności.

W ocenie Izby Przystępujący w złożonym uzasadnieniu nie wykazał, by informacje objęte zastrzeżeniem miały wartość gospodarczą. W tym zakresie Przystępujący ograniczył się do wskazania, że „(...) wartość gospodarcza informacji przejawia się przede wszystkim w możliwości wykorzystania jej przez konkurencję” oraz do przytoczenia tez pochodzących z orzecznictwa. W odniesieniu do współpracy Przystępującego z innymi podmiotami z uwzględnieniem aspektów ekonomicznych tej współpracy Izba uznała, że Przystępujący nie wykazał, by współpraca z konkretnymi podmiotami wiązała się z uzyskaniem szczególnie atrakcyjnych ofert, niedostępnych dla innych wykonawców działających na tym rynku oraz szczególnie atrakcyjnych warunków handlowych. Uzasadnienie Przystępującego w tym zakresie sprowadza się do ogólnikowych twierdzeń. Izba wzięła także pod uwagę, że Przystępujący w treści uzasadnienia nie wykazał, by specyfika przedmiotu zamówienia lub specyfika branży, w której działają wykonawcy ubiegający się o uzyskanie zamówienia była na tyle istotna, by wiedza innych wykonawców na temat współpracy Przystępującego z konkretnymi kontrahentami mogła dawać im sztuczną przewagę konkurencyjną w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. W odniesieniu do polityki cenowej zastosowanej przez Przystępującego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego treść uzasadnienia ogranicza się do stwierdzenia, że Przystępujący korzystając z zasobów oraz kontaktów biznesowych sporządził ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie - Przystępujący nie uprawdopodobnił nawet, by zastosowana przez niego polityka cenowa i sporządzona kalkulacja charakteryzowały się jakimiś szczególnymi cechami, które mogłyby uzasadniać objęcie akurat tej kalkulacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba uznała także, iż Przystępujący nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a Przystępujący podjął niezbędne działania do zachowania tych informacji w poufności. Także w tym zakresie uzasadnienie sprowadza się do deklaracji i oświadczeń Przystępującego, na podstawie których nie można dopuścić do ograniczenia zasady jawności postępowania.

Dodatkowo Izba zwróciła uwagę, że próba wykazania zaistnienia żadnej z przesłanek

warunkujących możliwość zastrzeżenia informacji nie została udowodniona - jedynym dowodem, jaki złożył wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia Przystępujący był wzór oświadczenia o zobowiązaniu do zachowania tajemnicy służbowej. Dokument ten Izba uznała za niewystarczający do wykazania, że Przystępujący istotnie podjął starania do zachowania w poufności zastrzeżonych informacji. Izba zwróciła uwagę, że złożony jako dowód wzór oświadczenia ma charakter blankietowy i jako taki może być uznany jedynie za deklarację Przystępującego.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Zamawiający naruszył przepisy 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia złożonych przez Przystępującego dowodów załączonych do wyjaśnień w zakresie ceny. Ponieważ Izba ustaliła, że treść wyjaśnień złożonych w zakresie ceny oraz załączonych do nich dowodów oznaczonych numerami 2 i 5 nie została zastrzeżona przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, toteż Izba nie nakazała odtajnienia tej części dokumentacji.

Wobec uwzględnienia zarzutu głównego wskazanego w punkcie 4 petitum odwołania Izba nie rozpoznała merytorycznie zarzutu ewentualnego dotyczącego rażąco niskiej ceny oferty złożonej przez Przystępującego - tj. zarzutu wskazanego w punkcie 5 petitum odwołania.

Izba uznała, że nie zasługuje na uwzględnienie zarzut wskazany w punkcie 1 petitum odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego w zakresie Części 1 i 2 zamówienia, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na przesunięciu części kosztów wykonania usług dotyczących powierzchni wewnętrznych (usługi objęte 23% stawką podatku VAT) do kosztów wykonania usług dotyczących powierzchni zewnętrznych.

Tytułem wstępu wskazać należy, że ustawa Pzp nie zawiera definicji legalnej czynu nieuczciwej konkurencji i w tym zakresie zawiera odesłanie do przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zgodnie z ustępem 2 ww. przepisu czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz niewygodne wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi.

Ustawodawca w ww. przepisie posłużył się klauzulą generalną, która wyznacza kategorię czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odwołanie się nie tylko do sprzeczności czynu z prawem, ale także z dobrymi obyczajami oraz stawia wymóg, aby czyn zagrażał lub naruszał interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ponadto ustawodawca wskazał jedynie przykładowy katalog takich zachowań, nie wykluczając tym samym uznania za czyn nieuczciwej konkurencji działania niestypizowanego.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Izby wyraźnego podkreślenia wymaga, że zarzuty wskazane w odwołaniu muszą zostać udowodnione i wykazane. Treść zarzutu nie ogranicza się wyłącznie do twierdzeń zawartych w odwołaniu, ale dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji. Odwołanie wyraża zastrzeżenia w odniesieniu do czynności lub zaniechań Zamawiającego, co oznacza obowiązek przedstawienia przez Odwołującego obok podstawy prawnej zgłoszonych zastrzeżeń także wykazania ich konkretnymi okolicznościami faktycznymi.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał okoliczności faktycznych zarzutu, tj. nie udowodnił, by Przystępujący dokonał przesunięcia części kosztów wykonania usług dotyczących powierzchni wewnętrznych (usług objętych 23% stawką podatku VAT) do kosztów wykonania usług dotyczących powierzchni zewnętrznych (usług objętych 8% stawką podatku VAT).

Odwołujący zarzucił Przystępującemu, że nie doszacował istotnej części składowej ceny jednostkowej - pozycji cenowych w formularzu cenowym w pozycji powierzchnia wewnętrzna z uwagi na błąd metodologiczny w sposobie wyliczenia ceny ofertowej - Przystępujący nie skalkulował w ramach podanych cen jednostkowych za usługę ujętą w pozycji powierzchnia wewnętrzna wszystkich kosztów realizacji wycenianej usługi.

Dostrzeżenia jednak wymaga, że Odwołujący nie wykazał, jakie konkretnie koszty zostały przez Przystępującego pominięte w stawce odpowiadającej powierzchni wewnętrznej. Ponadto Odwołujący nie wykazał też, że stawka odpowiadająca usłudze realizowanej na powierzchni zewnętrznej została zawyżona w stosunku proporcjonalnym wskutek przesunięcia do niej elementów kosztowych ze stawki dotyczącej powierzchni wewnętrznej - Odwołujący nawet nie podjął próby wykazania takiej okoliczności. Co za tym idzie Izba uznała, że nie zostało wykazane, by w ogóle doszło do przeniesienia kosztów z pozycji dotyczącej powierzchni zewnętrznej do pozycji dotyczącej powierzchni wewnętrznej.

Odwołujący co prawda próbował wykazać, że stawka zaoferowana za realizację usługi dotyczącej powierzchni wewnętrznej nie zapewnia kosztów zatrudnienia pracowników potrzebnych do realizacji zadania, ale próba ta okazała się nieskuteczna z uwagi na przyjęcie przez Odwołującego błędnych założeń.

Odwołujący dokonał wyliczenia czasu, jaki przy zastosowaniu stawki przyjętej przez Przystępującego pozostaje na zrealizowanie usługi sprzątania na jednej klatce schodowej i w oparciu o powyższe wyliczenia uznał, że czas ten jest niewystarczający na zrealizowanie tej usługi. Odwołujący dokonał jednak wyliczeń z zastosowaniem założeń, które nie znajdują potwierdzenia w dokumentacji postępowania. W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wbrew założeniom przyjętym przez Odwołującego, wykonawca nie był zobowiązany do codziennego sprzątania klatek schodowych. Z treści opisu przedmiotu zamówienia wynika, że takie czynności jak zamykanie klatek schodowych (.) i usuwanie z nich odpadów (.) miały być wykonywane trzy razy w tygodniu. Ponadto Izba uznała za istotną przywołaną przez Zamawiającego okoliczność zastosowania w opisie przedmiotu zamówienia takich zwrotów, jak „bieżące ścieranie kurzu”, „mycie w miarę potrzeb”, które są zwrotami na tyle ocennymi i generalnymi, że automatycznie nie obligują wykonawców do wykonywania określonych czynności codziennie, ale jak wskazano „w miarę potrzeb”. Dodatkowo Izba za wiarygodny uznała i podzieliła pogląd Przystępującego, który wskazał, że powierzchnia wewnętrzna budynków podana w treści opisu przedmiotu zamówienia nie jest powierzchnią objętą codziennym sprzątaniem, ale powierzchnią całego zasobu.

Odwołujący wskazał także, że analiza ustalonych przez Zamawiającego wymagań prowadzi do wniosku, że Zamawiający narzucił Wykonawcom zatrudnienie pracowników i wykonanie usług w wymiarze 1/2 etatu do pracy w godzinach 6:00-10:00 (prace z uwagi na ciszę nocną mogą rozpocząć się najwcześniej o godzinie 6:00). Tymczasem zaoferowane stawki za powierzchnie wewnętrzne w ocenie Odwołującego nie są wystarczające do opłacenia pracowników.

Powyższą tezę Izba uznała za błędną w zakresie, w jakim Odwołujący ograniczenie czasowe odnosi do wszystkich czynności i prac objętych przedmiotową usługą. Jak wynika z opisu przedmiotu zamówienia, zastrzeżenie co do konieczności wykonania określonych prac dotyczy jedynie pewnej grupy czynności wskazanych przez Zamawiającego, a nie całej usługi sprzątania. Ponadto Izba ustaliła, że z wyjaśnień udzielanych przez Zamawiającego do treści SWZ wynika wprost, że Zamawiający opracowanie koncepcji realizacji zamówienia w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego pozostawił Wykonawcom. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że nie zasługuje na uwzględnienie zarzut oparty na błędnych założeniach, jakie przyjął Odwołujący.

Następnie Odwołujący wskazał, że żądanie przedstawienia formularza cenowego wraz z określeniem stawek jednostkowych i wartości usługi w rozbiciu na poszczególne rodzaje powierzchni wskazuje, że elementy te powinny zostać skalkulowane w sposób rzetelny z uwzględnieniem w szczególności zatrudnienia wymaganej liczby osób - stanowią bowiem istotne elementy ceny oferty. Jednocześnie jednak Odwołujący nie wykazał i nie udowodnił, by stawki jednostkowe określone przez Przystępującego zostały skalkulowane nierzetelnie.

Odwołujący stwierdził, że różnica między cenami rynkowymi zaoferowanymi w odniesieniu do powierzchni wewnętrznych przez Przystępującego i innych Wykonawców jest dowodem na to, że Przystępujący dokonał niedozwolonych przesunięć w ramach ceny ogółem i część kosztów wykonania usługi w zakresie powierzchni wewnętrznej przesunął do kosztów wykonania usługi na powierzchniach zewnętrznych objętych niższą stawką podatku VAT, co doprowadziło do obniżenia ceny oferty i uszczuplenia podatku VAT.

W ocenie Izby zarzut ten się nie potwierdził. Izba uznała, że formułowanie zarzutu co do niedozwolonego przesunięcia części kosztów z jednej pozycji do drugiej na podstawie różnic w stawkach zaoferowanych przez Wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia jest tezą zbyt daleko idącą i niepotwierdzoną.

Izba nie kwestionuje przy tym, że różnice w stawkach jednostkowych oferowanych przez Wykonawców ubiegających się o to samo zamówienie mogą być wynikiem stosowania różnego rodzaju manipulacji cenowych - z całą jednak pewnością nie sposób przesądzić o tym wyłącznie w oparciu o sam fakt istnienia takich różnic. To bowiem nie one stanowiłyby źródło niedozwolonych działań wykonawców, a jedynie mogą być ich efektem. Niemniej jednak Izba uznała, że oferowanie stawek jednostkowych nawet znacznie się od siebie różniących przez wykonawców może mieć źródła w różnych okolicznościach. Jeśli zaś Odwołujący dąży do wywodzenia z faktu istnienia takich różnic skutków prawnych, zobowiązany jest taką okoliczność udowodnić. Za zbyt daleko idące Izba uznała wnioskowanie o niedozwolonych przesunięciach kosztów w ramach różnych pozycji cenowych na podstawie różnic w stawkach.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała za niepotwierdzony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego w zakresie Części 1 i 2 zamówienia, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na przesunięciu części kosztów wykonania usług dotyczących powierzchni wewnętrznych (usługi objęte 23% stawką podatku VAT) do kosztów wykonania usług dotyczących powierzchni zewnętrznych.

Odnosząc się do zarzutu wskazanego w punkcie 2 i 3 petitum odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty S&A Service sp. z o.o. pomimo, że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny lub kosztu oraz zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty S&A Service pomimo, że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim Wykonawca S&A Service przerzucił koszty świadczenia usług z pozycji dotyczącej powierzchni wewnętrznych do pozycji dotyczącej powierzchni zewnętrznych, pomimo że w rozdziale XIV ust. 6 SWZ Zamawiający wprost wskazał, że Wykonawca nie może kosztów realizacji danej czynności doliczać do kosztów realizacji innych czynności, Izba uznała, że nie zasługują one na uwzględnienie wobec niepotwierdzenia się zarzutu wskazanego w punkcie 1 petitum odwołania. Izba ustaliła, że Odwołujący zarzuty wskazane w punktach 1-3 petitum odwołania oparł na tych samych okolicznościach faktycznych. Izba wypowiedziała się merytorycznie w ich zakresie w powyższej części uzasadnienia wyroku odnoszącej się do zarzutu wskazanego w punkcie 1. petitum odwołania. Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał okoliczności faktycznych stanowiących podstawę ww. zarzutów, tj. nie wykazał, by Przystępujący niedoszacował części składowej ceny jednostkowej dotyczącej powierzchni wewnętrznej oraz by dokonał nieuprawnionego przeniesienia kosztów wykonania usług dotyczących powierzchni wewnętrznej do powierzchni zewnętrznej. Tym samym Izba nie uwzględniła zarzutów określonych w punktach 2 i 3 petitum odwołania.

Wydając postanowienie w przedmiocie kosztów postępowania odwoławczego, Izba uwzględniła treść art. 557 ustawy Pzp, art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 oraz § 7 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 557 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący

sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części. Zgodnie z § 7 ust. 3 pkt 1 w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła.

W niniejszej sprawie, spośród rozpoznanych zarzutów, jeden został przez Izbę uwzględniony, a trzy oddalone. Dlatego też kosztami postępowania Izba obciążyła Zamawiającego w części 1/4 i Odwołującego w części 3/4. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz uzasadnione wydatki Zamawiającego stanowiące wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie

3.600 zł, co łącznie stanowi kwotę 18.600 zł.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 15.000 zł tytułem wpisu, tymczasem odpowiadał za nie jedynie w wysokości 3/4 kwoty

18.600 zł, co stanowi 13.950 zł. Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 1.050 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku. Jednocześnie Zamawiający poniósł dotychczas koszt 3.600 zł, a jak wskazano wyżej, powinien ponieść 1/4 kwoty 18.600 zł, co stanowi 4.650 zł. Zasądzona od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwota 1.050 zł powoduje zatem także poniesienie przez Zamawiającego kosztów, jakie powinien ponieść w świetle wyniku postępowania odwoławczego.

Mając na uwadze powyższe, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania, podstawie art. 557 ustawy Pzp, art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 oraz § 7 ust. 2 pkt 1), jak również § 7 ust. 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: