Sygn. akt: KIO 428/13

WYROK
z dnia 12 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lutego 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie, 31-215 Kraków, ul. śabieniec 46 (lider) i „Izan+" Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, 91-170 Łódź, ul. Przybosia 3** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Powiatowy im. A. Sokołowskiego w Złotowie, 77-400 Złotów, ul. Szpitalna 28,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Clar System S.A. z siedzibą w Poznaniu, 60-542 Poznań, ul. Janickiego 20 B (lider) i Hospital System Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, 60-542 Poznań, ul. Janickiego 20 B** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 428/13 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.uwzględnia **odwołanie i nakazuje odtajnienie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Clar System S.A. z siedzibą w Poznaniu (lider) i Hospital System Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu „Wykazu sprzętu do realizacji usługi" (str. 56 oferty) oraz „Wykazu środków przeznaczonych do realizacji zamówienia: środki myjące, czyszczące, konserwujące, dezynfekcyjne" (str. 57 oferty) jako nie stanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa.**

2.kosztami postępowania obciąża **Szpital Powiatowy im. A. Sokołowskiego w Złotowie, 77-400 Złotów, ul. Szpitalna 28** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie, 31-215 Kraków, ul. śabieniec 46 (lider) i „Izan+" Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, 91-170 Łódź, ul. Przybosia 3** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od **Szpitala Powiatowego im. A. Sokołowskiego w Złotowie, 77-400 Złotów, ul. Szpitalna 28** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie, 31-215 Kraków, ul. śabieniec 46 (lider) i „Izan+" Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, 91-170 Łódź, ul. Przybosia 3** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysiące tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący: ……..……

Sygn. akt: KIO 428/13

Uzasadnienie

Szpital Powiatowy im. A. Sokołowskiego w Złotowie, zwany dalej „zamawiającym", działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Świadczenie usług w zakresie utrzymywania czystości oddziałów szpitalnych oraz transportu wewnątrzszpitalnego 37 ZP 2012".

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 grudnia 2012 r., nr 2012/S 249-412564.

W dniu 14 lutego 2013 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie i „IZAN+" Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, zwanego dalej „odwołującym", o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Clar System S.A. z siedzibą w Poznaniu i Hospital System Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zwanych dalej „konsorcjum Clar System".

W dniu 25 lutego 2013 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 25 lutego 2013 r.) wobec czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, tj.:

1. zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Clar System,
2. zaniechania o wezwania konsorcjum Clar System do wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, czy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niska cenę,
3. zaniechania odtajnienia oferty konsorcjum Clar System,

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Clar System w sytuacji, gdy zawiera ona błąd w obliczeniu ceny,
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Clar System, w sytuacji gdy złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
3. art. 90 ust 1 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wobec zaniechania wezwania konsorcjum Clar System do złożenia wyjaśnień, czy jego oferta zawiera rażąco niską cenę,
4. art. 8 ust. 1, 2, 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie przez zamawiającego odtajnienia oferty konsorcjum Clar System w części dotyczącej wykazu środków myjących, czyszczących, konserwujących dezynfekujących oraz wykazu sprzętu, w sytuacji gdy zastrzeżona część oferty nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa,

5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji,
6. art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów prawa.

Jednocześnie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. odrzucenia oferty konsorcjum Clar System,
2. wezwania konsorcjum Clar System do złożenia wyjaśnień, czy jego oferta zawiera rażąco niską cenę,
3. dokonania czynności odtajnienia oferty konsorcjum Clar System,
4. powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
5. dokonania ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in.:

Odnośnie zarzutu dotyczącego błędu w obliczeniu ceny zamawiający wezwał konsorcjum Clar System do złożenia wyjaśnień co do zastosowanych stawek podatku od towarów usług. Konsorcjum Clar System wyjaśniło, że na kwotę brutto złożonej oferty składa się cena usług obciążonych dwoma różnymi stawkami VAT: - 23% za wykonanie w ramach usługi czynności dotyczących sprzątania; - „zw" za wykonanie w ramach usługi czystości stanowiących usługi pomocnicze w opiece nad pacjentami oraz usługi transportu wewnątrzszpitalnego. W ofercie konsorcjum Clar System zastosowano błędnie zwolnienie od podatku od towarów i usług. Cały przedmiot zamówienia winien zostać opodatkowany stawką podatku od towarów i usług w wysokości 23%. Zastosowanie nieprawidłowej stawki

VAT stanowi oraz sztuczne przypisanie usługom wartości innych niż powinny być im przypisane, celem takiego skonstruowania oferty, które daje możliwość przewagi konkurencyjnej należy traktować jako czyn nieuczciwej konkurencji.

Odnośnie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny odwołujący podniósł, iż zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W myśl art. 90 ust 1 ustawy Pzp odrzucenie oferty winno zostać poprzedzone wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień tym przedmiocie Jeżeli zatem cena wykonawcy różni się diametralnie od wartości oszacowanej przez zamawiającego i od cen wskazanych przez pozostałych wykonawców zamawiający winien uruchomić procedury przewidziane w art. 90 ustawy Pzp, a więc żądać wyjaśnień. W niniejszym postępowaniu cena zaoferowana przez konsorcjum Clar System jest o 21 % niższa od kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia oraz około 20% niższa od oferty odwołującego oraz ponad 20% niższa od ofert pozostałych wykonawców. Tak wielka różnica może wskazywać, że oferta konsorcjum Clar System.

Odnośnie zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji odwołujący

podniósł, iż konsorcjum Clar System nie wskazała, iż utajnione informacje mają charakter organizacyjny, technologiczny czy handlowy oraz, że posiadają wartość gospodarczą. Poufność informacji w omawianym aspekcie powinna mieć znaczenie dla majątkowych interesów przedsiębiorcy, biorąc pod uwagę, zwrot jakim posługuje się ustawodawca „wartość gospodarcza". Jeśli chodzi o wykaz środków oraz wykaz sprzętu brak jest podstaw do uznania, że można im przypisać jakąkolwiek wartość gospodarczą. Dokument będący informacją o planowanym sposobie realizacji zamówienia podlegający ocenie zgodne z przyjętymi kryteriami oceny ofert - nie może być dokumentem skutecznie utajnionym przez wykonawcę. Wykonawcy nie wykazali, że podjęli działania zmierzające w celu zachowania poufności złożonych wykazów. Samo gołosłowne wskazanie przez w/w Wykonawców, iż podjęli czynności mające na celu zachowanie poufności nie stanowi wystarczającej podstawy do przyjęcia złożonych oświadczeń za prawdziwe.

W dniu 28 lutego 2013 r. (pismem z dnia 25 lutego 2013 r.) zamawiający wezwał konsorcjum Clar System do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, stosowne pismo oraz kopię odwołania, zamieszczając na swej stronie internetowej.

W dniu 28 lutego 2013 r. (pismem z dnia 26 lutego 2013 r.) konsorcjum Clar System przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny w ofercie konsorcjum Clar System nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, jak wynika z Protokołu postępowania (Druk ZP-PN), szacunkowa wartość

zamówienia została ustalona przez zamawiającego w dniu 21 grudnia 2012 r. na kwotę 1.951.219,52 zł netto, co stanowi równowartość 485.426,29 euro. Wartość ta została ustalona na podstawie kalkulacji kosztów ponoszonych przez zamawiającego na podstawie zawartej wcześniej umowy. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał, iż na realizację tego zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości 2.400.000,00 zł brutto (Druk ZP-PN).

W przedmiotowym postępowaniu złożono cztery oferty, tj. oferta nr 1 złożona przez konsorcjum Clar System na kwotę 1.887.539,33 zł brutto; oferta nr 2 złożona przez wykonawcę JANTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku na kwotę 2.568.960,00 zł brutto; oferta nr 3 złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz DGP CLEA PARTNER Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy na kwotę 2.425.434,84 zł brutto oraz oferta nr 4 złożona przez odwołującego na kwotę 2.230.420,00zł brutto.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ustawa nie definiuje przy tym pojęcia rażąco niskiej ceny ani też nie wskazuje jakie kryteria należy brać pod uwagę dokonując kwalifikacji pod to pojęcie. Tak więc przyjmuje się, że ceną rażąco niską jest cena niewiarygodnie niska i znacząco odbiegająca od cen rynkowych, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi. Odrzucenie oferty na tej postawie (rażąco niskiej ceny) musi być jednak poprzedzone wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustaw Pzp, przy czym ustawa nie określa przesłanek jakie mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego w ofercie ceny. „Każdorazowo to zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie zamawiającego dopiero wówczas, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska” (wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07).

Zamawiający, w niniejszym stanie faktycznym, nie powziął wątpliwości co do ceny zaoferowanej przez konsorcjum Clar System jako ceny, za którą nie jest możliwa realizacja przedmiotu zamówienia. W ofercie tego wykonawcy - co konsekwentnie zamawiający podnosił na rozprawie - nie zidentyfikował problemu rażąco niskiej ceny. Dokonując bowiem

oceny czy w danym stanie faktycznym mamy do czynienia z rażąco niską ceną nie można odwoływać się do wskaźników procentowych i do tych wskaźników on również się nie odwoływał. Analiza treści złożonych ofert, jak również posiadane przez niego informacje na temat cen, za które były dotychczas realizowane usługi będące przedmiotem tego zamówienia, a więc znajomość cen rynkowych, ustalona przez niego wartość szacunkowa zamówienia oraz porównanie cen ofert złożonych przez wykonawców w tym konkretnym postępowaniu nie dały mu podstaw nie tylko, że do powzięcia takich wątpliwości, ale i wezwania konsorcjum Clar System do złożenia wyśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Wartość szacunkowa tego zamówienia wynosi 1.951.219,52 zł netto. Natomiast konsorcjum Clar System zaoferowało realizację przedmiotu zamówienia (w okresie 36 miesięcy) za cenę 1 766 215,84 zł netto. Z zestawienia tych kwot (netto) (1.951.219,52 zł netto i 1 766 215,84 zł netto) wynika zatem, że różnicy tej nie można uznać za rażącą. Istotnie, co jest bezsporne, występuje odstępstwo ceny kwestionowanej oferty od wartości szacunkowej zamówienia. Niemniej jednak w każdym postępowaniu procentowa wartość odstępstwa danej oferty (oferty z najniższą ceną) od oszacowanej przez zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia będzie inna, gdyż mają na nią wpływ inne czynniki. Tak więc odnoszenie ceny ofertowej wyłącznie do wartości szacunkowej zamówienia przy ocenie, czy dana oferta jest ofertą z rażąco niską ceną, nie jest wystarczające i nie może stanowić wyłącznego argumentu dla stwierdzenia, że cena ofertowa jest rażąco niska. Zgodnie z orzeczeniem ETS z dnia 22 czerwca 1989 r. (C-103/88, „Fratelli Constanzo”), niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie na podstawie wyłącznie arytmetycznego kryterium i odrzucenia ofert poniżej pewnego poziomu, a do tego właśnie (odniesienia arytmetycznego) odwołujący się odnosi w treści wniesionego odwołania. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem pewnego rodzaju rynkową konfrontacją cen oferowanych przez wykonawców ubiegających się o udzielenie danego

zamówienia. Samo stwierdzenie różnic pomiędzy cenami zaoferowanymi w ofertach złożonych przez poszczególnych wykonawców jest więc naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla postawienia zarzutu rażąco niskiej ceny cenie którejś z ofert. Oferta najkorzystniejsza cenowo jest bowiem z reguły ofertą z ceną niższą niż szacunkowa wartość zamówienia. Cena zaoferowana przez konsorcjum Clar System jest ceną, która nie różni się w sposób znaczący ani od cen ofertowych pozostałych wykonawców, ani też od wartości szacunkowej zamówienia. Taka rozpiętość cen, jak wystąpiła w niniejszym stanie faktycznym jest naturalna w postępowaniu o udzielenie zamówienia

Elementem kalkulacji ceny oferty jest niewątpliwie koszt zatrudnienia pracowników, jednakże w niniejszym stanie faktycznym zamawiający liczbę osób zatrudnionych przy jego realizacji, jak i sposób ich zatrudnienia pozostawił domenie wykonawcy ubiegającego się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Dlatego też z uwagi na brak wymogu zatrudnienia

osób wyłącznie na podstawie umowy o pracę nie można na obecnym etapie postępowania postawić wykonawcy zarzutu nieprzestrzegania przepisów prawa w zakresie dotyczącym wysokości wynagrodzenia, a tym samym błędnego skalkulowania ceny tego elementu wynagrodzenia wykonawcy, jak i ceny oferty tego wykonawcy. Tym bardziej, że tak postawiony zarzut, zresztą w kontekście rażąco niskiej ceny, nie został przez odwołującego wykazany, mimo iż to odwołujący – zgodnie z art. 6 k.c. - winien był udowodnić, że cena podana przez konsorcjum Clar System jest rażąco niska. W niniejszym stanie faktycznym odwołujący okoliczności tej nie udowodnił. Tym samym Izba uznała, iż zamawiający prawidłowo uczynił, uznając iż w niniejszym stanie faktycznym nie może być mowy o rażąco niskiej cenie, jak również, że brak jest podstaw, aby wzywać konsorcjum Clar System do składania wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący zastosowania nieprawidłowej stawki podatku VAT, a tym samym błędu w obliczeniu ceny oferty wykonawcy Clark System nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale XVI SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia" podał m.in., iż „cenę należy podać tak jak wymaga tego załącznik nr 1" oraz, że „cena oferty uwzględnia wszystkie zobowiązania wykonawcy wynikające z wymagań prawnych oraz opisu przedmiotu zamówienia, musi być podana w PLN cyfrowo i słownie, z wyodrębnieniem należnego podatku VAT – jeżeli występuje".

W załączniku nr 1 zamawiający wymagał podania ceny netto, brutto i VAT.

Konsorcjum Clar System podało w złożonej ofercie cenę ofertową za wykonanie przedmiotu zamówienia w okresie 36 miesięcy, tj. 1 766 215,84 zł netto, 1 887 589,33 zł brutto oraz kwotę podatku VAT 121 373,49 zł.

Zamawiający, pismem z dnia 5 lutego 2013 r., wezwał konsorcjum Clar System do złożenia wyjaśnień co do wysokości zastosowanej stawki podatku VAT w złożonej ofercie oraz przedstawienia dokumentów potwierdzających prawidłowość zastosowanej stawki podatku VAT.

W dniu 7 lutego 2013 r. (pismem z dnia 6 lutego 2013 r.) konsorcjum Clar System podał m.in., iż na kwotę brutto złożonej oferty w przedmiotowym postępowaniu składa się cena usług obciążonych dwoma różnymi stawkami podatku VAT, tj. 23% za wykonywanie w ramach usługi czynności dotyczących sprzątania oraz „zw" (zwolnione z VAT) za wykonywanie w ramach usługi czynności stanowiących usługi pomocnicze w opiece nad pacjentem oraz usługi transportu wewnątrzszpitalnego, do których należy w szczególności zaliczyć przenoszenie (przewożenie) chorych na wózku siedzącym bądź leżącym do RTG, USG, Endoskopię, Blok Operacyjny lub na konsultację do lekarza oddziału oraz pomoc w transporcie chorych z oddziałów szpitalnych do innych komórek na terenie szpitala.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Przedmiotem zamówienia, co jest niewątpliwe, poza świadczeniem usług w zakresie utrzymania czystości oddziałów szpitalnych jest także transport wewnątrzszpitalny, obejmujący – zgodnie z załącznikiem nr 6 do SIWZ „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, transport wewnątrzszpitalny", pkt 1 – „d) przenoszenie (przewożenie) chorych na wózku siedzącym bądź leżącym do RTG, USG, Endoskopię, Blok Operacyjny lub na konsultację do lekarza oddziału", oraz f) „pomoc w transporcie chorych z oddziałów

szpitalnych do innych komórek na terenie szpitala". Usługi te (wyszczególnione w podpunkcie d) i f)) jako świadczone na rzecz zakładu opieki zdrowotnej lecz wykonywane przez podmioty inne niż zakłady opieki zdrowotnej podlegają zwolnieniu na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy o podatku od towarów i usług. Powyższe jednoznacznie wynika bowiem z dokumentacji przedłożonej przez konsorcjum Clar System, w tym przede wszystkim z interpretacji indywidualnych dotyczących usług obejmujących przedmiot tego postępowania (interpretacja indywidualna z dnia 22 lipca 2011 r., nr ILPP1/443-721/11-4/NS oraz interpretacja indywidualna z dnia 22 stycznia 2013 r., nr PPP1/443-1117/12-2/JL). A ponadto interpretacja indywidualna z dnia 22 lipca 2011 r., nr ILPP1/443-721/11-4/NS została wydana na rzecz tego właśnie wykonawcy. Tym samym stwierdzić należy, wbrew twierdzeniom odwołującego, iż konsorcjum Clar System wykazało uprawnienie do zastosowania preferencyjnej stawki podatku VAT. Nie potwierdził się więc zarzut zastosowania przez tego wykonawcę nieprawidłowej stawki podatku VAT, a tym samym brak jest podstaw do uznania, iż oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu z uwagi na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny.

Zarzut dotyczący nieprawidłowego zastrzeżenia informacji w treści oferty konsorcjum Clar System jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa potwierdził się.

Izba ustaliła, iż konsorcjum Clar System w treści swojej oferty zastrzegło „Wykaz sprzętu do realizacji usługi" (str. 56 oferty) oraz „Wykaz środków przeznaczonych do realizacji zamówienia: środki myjące, czyszczące, konserwujące, dezynfekcyjne" (str. 57 oferty) jako stanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający pismem z dnia 11 lutego 2013 r. zwrócił się do konsorcjum Clar System o wyjaśnienie wątpliwości zamawiającego co do skuteczności ich zastrzeżenia, jak i wyjaśnienie faktycznych okoliczności, które przesądziły o uznaniu informacji za tajemnicę.

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 11 lutego 2013 r., konsorcjum Clar System wyjaśniło m.in., iż „każda z zastrzeżonych przez niego, i wskazana część oferty, winna być przez zamawiającego potraktowana jako wyczerpująca pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. „Objęte zastrzeżeniem poufności informacje stanowią przede wszystkim *know-how* przedsiębiorstw

wykonawcy świadczącego usługi będące przedmiotem niniejszego zamówienia. (...) jako tajemnicę przedsiębiorstwa można uznać *know-how* wynikające z dokonanych prób wykorzystania substancji, a zatem i środków czystości i urządzeń lub narzędzi służących do sprzątania, do określonego celu. Wynikające stąd informacje redukują bowiem koszty dalszych poszukiwań, co rozstrzyga o ich gospodarczym charakterze i ekonomicznej wartości".

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje mające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufność. Jednak nie każdą informację można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa. „Aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki:

1. informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
2. informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności",

(wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz.59), przy czym warunki te muszą być interpretowane ściśle.

W kontekście powyższego stwierdzić należy, iż informacje zawarte w załączonych do oferty konsorcjum Clar System wykazach, tj. „Wykazie sprzętu do realizacji usługi" (str. 56 oferty) oraz „Wykazie środków przeznaczonych do realizacji zamówienia: środki myjące, czyszczące, konserwujące, dezynfekcyjne" (str. 57 oferty) nie stanowią informacji technicznych, technologicznych i organizacyjnych przedsiębiorstwa oraz nie posiadają wartości gospodarczej. Zarówno bowiem wykaz sprzętu do realizacji przedmiotowego zamówienia (sprzętu niewątpliwie typowego i powszechnie dostępnego), jak i wykaz środków czystości powszechnie dostępnych na rynku, a więc środków o znanych nazwach,

składzie oraz sposobie działania nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa mającej dla wykonawcy określoną wartość gospodarczą i być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Dane te nie zawierają bowiem żadnych informacji, które za takowe mogłyby być uznane. Wykazy te stanowią jedynie zestawienie ilości i rodzaju typowego sprzętu i ogólnie dostępnych na rynku środków czystości niezbędnych do realizacji przedmiotu tego zamówienia. A ponadto są one sporządzone przez wykonawców ściśle według wymagań zamawiającego zawartych w SIWZ. Nie mają więc indywidualnego charakteru, a tym samym nie mogą stanowić *know–how* konsorcjum Clar System. Tak więc fakt, że konkurujący wykonawca, będzie mógł skontrolować, czy wyspecyfikowany w wykazie sprzęt i środki czystości spełniają wymogi zamawiającego, a tym samym zapewniają prawidłową realizację zamówienia, nie uzasadnia

---

zastrzeżenia tych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Naczelną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia jest bowiem jawność postępowania. Dlatego też wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Samo złożenie wyjaśnień nie może być więc podstawą do jej ograniczenia. W niniejszym stanie faktycznym zamawiający, mimo iż postąpił w sposób prawidłowy, wzywając konsorcjum Clar System do wyjaśnienia wątpliwości co do skuteczności zastrzeżenia określonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa to jednak ocenił je w sposób nieprawidłowy. Zamawiający nie może bowiem bezkrytycznie akceptować złożonych wyjaśnień, zwłaszcza tak ogólnych, jak miało to miejsce w niniejszym stanie faktycznym, iż można by je przypisać do każdego wezwania. Złożone wyjaśnienia szczegółowo powinny się odnosić do treści zastrzeżonych informacji, a więc wyspecyfikowanego sprzętu i środków czystości. Zasada jawności jest bowiem podstawową zasadą zamówień publicznych i wyjątki od niej powinny być ściśle interpretowane. Tym samym Izba uznała, iż wykazy („Wykaz sprzętu do realizacji usługi" oraz „Wykaz środków przeznaczonych do realizacji zamówienia: środki myjące, czyszczące, konserwujące, dezynfekcyjne") nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: ……