Sygn. akt: KIO 2731/14

WYROK
z dnia 12 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 stycznia 2015 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 grudnia 2014 r. przez wykonawcę **ISS Facility Services Sp. z o. o., ul. Flisa 2, 02-247 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **PL.2012+ Sp. z o. o., Al. Ks. J. Poniatowskiego 1, 03-901 Warszawa,**

przy udziale **Impel Cleaning Sp. z o.o,. ul.** Ślężna **118, 53-111 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ISS Facility Services Sp. z o. o., ul. Flisa 2, 02-247 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną 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 zmianami) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie.**

Przewodniczący: …….

Uzasadnienie

Zamawiający – PL.2012+ sp. z o.o., Al. ks. J. Poniatowskiego 1, 03-901 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są *„Sukcesywne usługi sprzątania Stadionu Narodowego w Warszawie”.*

Zamawiający dnia 12 grudnia 2014 roku poinformował wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania.

Dnia 22 grudnia 2014 roku wykonawca ISS Facility Services Sp. z o.o., ul. Flisa 2, 02-247 Warszawa (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając zamawiającemu wykonanie czynności lub zaniechanie czynności polegających na:

1. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118 (dalej „Impel”) pomimo, że oferta Impel zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
2. zaniechaniu weryfikacji przez zamawiającego zasadności oznaczenia, jako tajemnica przedsiębiorstwa Formularza kalkulacji kosztów w ofercie Impel,
3. zaniechaniu weryfikacji przez zamawiającego zasadności oznaczenia, jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez Impel w dniu 3 grudnia 2014 r. w celu ustalenia przez zamawiającego, czy oferta złożona przez Impel zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
4. w konsekwencji zaniechaniu udostępnienia odwołującemu wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Impel w dniu 3 grudnia 2014 r. w celu ustalenia przez zamawiającego, czy oferta złożona przez Impel zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu

zamówienia, który to załącznik zawiera informacje bezprawnie utajnione przez wykonawcę Impel,
5. dokonaniu czynności wyboru oferty złożonej przez Impel, jako najkorzystniejszej.

Tym samym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Impel, pomimo, że oferta Impel zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
2) 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. w celu ustalenia przez zamawiającego, czy oferta złożona przez Impel zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co narusza zasadę jawności postępowania,
3) art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie udostępnienia odwołującemu załącznika do wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Impel w dniu 3 grudnia 2014 r. w celu ustalenia przez zamawiającego, czy oferta złożona przez Impel zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zawierającego informacje bezprawnie utajnione przez wykonawcę Impel, co narusza zasadę jawności postępowania oraz uniemożliwia odwołującemu zapoznanie się i odniesienie się do wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Impel,
4) art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez brak ujawnienia protokołu postępowania w zakresie załączników do protokołu postępowania wskazanych przez odwołującego w ust. 2 i 3, co narusza zasadę jawności postępowania,
5) art. 7 ust. 1 i 3 w związku z 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
1. Powtórzenia czynności weryfikacji zasadności oznaczenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa Formularza kalkulacji kosztów oraz treści załącznika do wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Impel w dniu 3 grudnia 2014 r. w celu ustalenia przez zamawiającego, czy oferta złożona przez Impel zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
2. Odtajnienia Formularza kalkulacji kosztów oraz wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Impel 3 grudnia 2014 r. oraz odtajnienie protokołu postępowania w tej części.
3. Unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Impel, jako najkorzystniejszej.
4. Powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie 92 ust. 1 ustawy Pzp.
5. Dokonania czynności wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.
6. Zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, według spisu przedstawionego na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że jego interes we wniesieniu odwołania wyraża się w tym, że w przypadku prawidłowego zastosowania przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp nie doszłoby do naruszenia istotnych zasad udzielania zamówień publicznych mających wpływ na wynik postępowania, a odwołujący mógłby podpisać umowę z zamawiającym, ponieważ

spełnia warunki udziału w postępowaniu, a złożona oferta jest zgodna z wymogami zamawiającego zawartymi w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z aktualnym brzmieniem przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W przedmiotowym stanie faktycznym podnoszone w odwołaniu zarzuty dotyczą czynności

zamawiającego polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Impel oraz prowadzeniu niniejszego postępowania w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp. Podnoszone przez odwołującego naruszenia wskakują wprost na uszczerbek w interesie w uzyskaniu zamówienia, poprzez pozbawienie go szans na uzyskanie zamówienia. Zatem w przypadku, gdyby zamawiający wykonał wszystkie czynności w postępowaniu zgodnie z przepisami ustawy Pzp, musiałby odrzucić ofertę wybranego wykonawcy Impel, a oferta odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą i odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie. Tym samym interes odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał konkretnego uszczerbku (szkody) w sferze praw wykonawcy oraz interesu gospodarczego, objawiającego się w możliwości utraty dostępu do zamówienia i przewidywanych z tytułu jego realizacji zysków. Ponadto szkoda, jakiej może doznać odwołujący, będzie wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, przystąpienie zgłosił wykonawca Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Izba ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, wartość szacunkowa kwoty określone której zamówienia przekracza w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedmiotem zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego w trybie przetargu ograniczonego są sukcesywne usługi sprzątania Stadionu Narodowego w Warszawie.

W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone 2 oferty:
1) Impel Cleaning Sp. z o.o. z ceną realizacji zamówienia 942 408,40 zł
2) ISS Facility Services Sp. z o.o. z ceną realizacji zamówienia 1 899 883,71 zł.
Zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 2 864 752,28 zł brutto.
Odwołujący w dniu 28 listopada 2014 r. złożył wniosek do zamawiającego o wgląd do ofert złożonych w postępowaniu.
Odwołujący w dniu 1 grudnia 2014 r. otrzymał informację o odmowie udzielenia mu wglądu do załącznika nr 8 do s.i.w.z. "Formularz kalkulacji kosztów” wykonawcy Impel ze względu na fakt, iż przedmiotowy załącznik został zastrzeżony, jako tajemnica przedsiębiorstwa.
Zamawiający, dnia 28 listopada 2014 roku, wezwał wykonawcę Impel do złożenia wyjaśnień w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, tj. czy nie nosi ona znamion ceny rażąco niskiej.
Przystępujący Impel złożył stosowne wyjaśnienia w dniu 3 grudnia 2014 roku, opatrując je zastrzeżeniem, iż informacje tam zawarte (w wyjaśnieniach) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.
Następnie, w wyniku kolejnego wniosku odwołującego, zamawiający w dniu 5 grudnia 2014 roku, udostępnił odwołującemu tę samą zawartość oferty Impel, nie udostępniając informacji zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa.
Dnia 12 grudnia 2014 roku zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Impel.
Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego i dnia 22 grudnia 2014 roku wniósł odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego. Odwołujący podniósł, iż zgodnie z instrukcją s.i.w.z. pkt. 21.4 cena ofertowa jest obliczana i musi być zgodna z ceną obliczoną w formularzu kalkulacji kosztów, tj. załącznikiem nr 8 do s.i.w.z. Załącznika nr 8 do s.i.w.z. opracowanego przez zamawiającego w żadnym wypadku nie można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Tym samym ich zastrzeżenie przez wykonawcę Impel było i jest bezpodstawne. Załącznik nr 8 do s.i.w.z. nie zawiera bowiem żadnych informacji, które uznać można za tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą. Zgodnie z Wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 10 stycznia 2014 r. (I OSK 2143/13) *„1. Tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi poufna informacja posiadająca wartość gospodarczą, a w szczególności informacja techniczna, technologiczna lub organizacyjna.2. Niewystarczającym jest powołanie się jedynie na tajemnicę przedsiębiorcy, bez szczegółowego rozwinięcia, w jakim aspekcie tajemnicę tę należałoby oceniać. ”*

6

Wyłącznym celem złożenia formularza kalkulacji kosztów jest zaś udowodnienie zamawiającemu, że wykonawca prawidłowo wyliczył cenę oferty. Dokument ten nie zawiera żadnych informacji newralgicznych, których ujawnienie mogłoby skutkować naruszeniem interesów Impel. W ocenie odwołującego, jest oczywiste, że faktycznym powodem zastrzeżenia przez wykonawcę Impel nie była chęć i potrzeba ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dążenie do maksymalnego utrudnienia konkurencji, w tym odwołującemu, weryfikacji ich ofert pod kątem oceny czy wykonawca nie złożył oferty z ceną rażąco niską. Zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w sytuacji, gdy zamawiający w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego badania pozytywnie przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jeżeli natomiast w ocenie zamawiającego zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub są jawne na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (np. art. 96 ust. 3 Ustawy) lub odrębnych przepisów, zobowiązany jest on do ujawnienia ich w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji.

Dodatkowo warto wspomnieć, iż przedmiotowy załącznik nr 8 do s.i.w.z. w poprzednich postępowaniach prowadzonych przez tego samego zamawiającego w postępowaniach na tę sama usługę w ocenie wykonawcy Impel nie stanowił tajemnicy przedsiębiorstwa.

Analogicznie w prowadzonym obecnie przez zamawiającego postępowaniu na usługę odśnieżania dachu Stadionu Narodowego podobny formularz kalkulacji kosztów, w którym oferta wykonawcy Impel została wybrana, jako najkorzystniejsza, również nie został zastrzeżony, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Oferta Impel zawiera ceny spekulacyjne, a wyjaśnienie ich elementów kalkulacyjnych jest konieczne, gdyż w konsekwencji zaniechanie ich odrzucenia przez zamawiającego uniemożliwia prawidłowe realizowanie zamówienia. Zauważyć należy, że przy skali przedsięwzięcia, stopniu jego złożoności i wielkości kosztów stałych, opisane poniżej różnice wykraczają znacząco poza różnice występujące w cenach ofert na rynku tego rodzaju usług, co może świadczyć o omyłce rachunkowej w obliczeniu ceny oferty Impel lub o rażąco niskiej cenie ww. oferty lub o czynie nieuczciwej konkurencji (dumping).

7

Odwołujący wskazał, iż wykonywanie usług „Sukcesywnego sprzątania Stadionu Narodowego w Warszawie" jest wykonywane od 3 lat, zamawiający przeprowadził już 3 kolejne postępowania.

Analiza cen oferowanych za realizację przedmiotowego zamówienia przez wykonawcę Impel wskazuje jednoznacznie, iż aktualnie zaoferowana cena przez wykonawcę Impel jest o prawie 60% niższa od ceny zaoferowanej przed 3 laty. Zauważyć należy, iż koszt usługi utrzymania czystości w przeważającej części oparta jest na wynagrodzeniach pracowników wykonujących tę usługę, a minimalne wynagrodzenie za pracę od 2011 roku do 2015 r. (w tym okresie będzie realizowana usługa) wzrosło o prawie 26% w stosunku do roku 2011.

Aktualnie zaoferowana cena przez wykonawcę Impel jest niższa niż cena odwołującego

w postępowaniu na utrzymanie czystości na Stadionie Narodowym w okresie letnim (maj - październik 2014), gdzie zakres przedmiotu nie obejmował m.in. 4 krotnie większej częstotliwości utrzymania czystości na parkingu podziemnym o powierzchni 65 000 m 2 (wraz z usuwaniem błota pośniegowego), usuwanie śniegu na schodach ruchomych zewnętrznych, odśnieżanie wraz z wywożeniem śniegu (23 x od listopada do marca), usuwanie śniegu i zwalczanie śliskości na ciągach komunikacyjnych (23 x od listopada do marca), strącanie sopli (23 x od listopada do marca), usuwanie pozostałości po użytych do stopienia lodu i śniegu środkach.

Szczegółowy zakres prac i harmonogram wykonywania prac - pkt. 15 OPZ - Obsługa długoterminowego wydarzenia Zimowy Narodowy wraz z imprezami towarzyszącymi pkt. 6-13, który to angażuje 4 poziomy stadionu Narodowego i funkcjonuje również w godzinach nocnych i świątecznych, co powoduje dodatkowe zwiększenie kosztów wynagrodzeń pracowników. Pkt. 15 w Załącznik nr 1 do s.i.w.z. Opis potrzeb i wymagań zamawiającego w zakresie zamówienia na „Sukcesywne Usługi sprzątania Stadionu Narodowego w Warszawie".

Olejowanie i konserwacja podłóg z drewna wraz z koniecznością zapewnienia specjalistycznych preparatów do konserwacji drewna określonych w oraz w załączniku nr 3 do s.i.w.z. Odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 21 listopada 2014 r. nr 19 - 21. W poprzednich postępowaniach zamawiający nie wymagał olejowania podłóg oraz nie określił tak precyzyjnie jak obecnie w załączniku nr 3 Warunki użytkowania podłóg drewnianych olejowanych i podłóg granitowych - kamień niezaimpregnowany.

Oferta wykonawcy Impel zdaje się również nie uwzględniać innego systemu rozliczeń serwisów pracowników sprzątających w stosunku do lat poprzednich.

Abstrahując od większej ilości wymaganych pracowników, koszt zapewnienia powyższych serwisów powinien zostać ujęty w cenie za metr sprzątanej powierzchni, natomiast w poprzednich dwóch postępowaniach zamawiający płacił dodatkowo za zapewnienie

serwisów pracowników sprzątających, do prac interwencyjnych, obsługi wycieczek, recepcji oraz biur.

Odwołujący nie jest w stanie wykazać wszystkich czynników wskazujących na zastosowanie rażąco niskiej ceny przez Impel w związku z bezpodstawnym uznaniem skuteczności zastrzeżenia Impel, jako tajemnicy przedsiębiorstwa załącznika nr 8 do s.i.w.z.

Formularz kalkulacji kosztów, a następnie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający zaniechał przeprowadzenia badania zasadności zastrzeżenia wyliczeń (załącznik) jako tajemnicy przedsiębiorstwa, co w sposób znaczny utrudnia odwołującemu precyzyjne przeprowadzenie dowodu na okoliczność rażąco niskiej ceny. Zdaniem odwołującego bogate doświadczenie wykonawcy Impel oraz z pewnością dobrze wynegocjowane umowy z dostawcami nie zapewnią należytego poziomu realizacji usługi za tak niską cenę, szczególnie, że chodzi o utrzymanie czystości na bardzo specyficznym obiekcie jakim jest Stadion Narodowy, choćby ze względu na rozmiar obiektu, jego charakter i przeznaczenie.

W opinii odwołującego, nie jest możliwe wykonanie przedmiotowego zamówienia za zaoferowaną przez Impel cenę, co poniekąd potwierdzają twierdzenia Impel w sprawie o sygn. KIO 2694/11, w której to odwołujący Impel twierdził, że cena jaką zaproponował wówczas ISS Facility Services Sp. z o.o. (249 866,94 zł miesięcznie) *versus* obecna jest rażąco niska i nie gwarantuje należytej realizacji zamówienia, określał ją wręcz jako *„cenę nierealistyczną, nieprawdopodobną, nieodzwierciedlająca obowiązujących stawek rynkowych oraz zdecydowanie zaniżoną".* Obecnie zaś Impel proponuje cenę rzędu 188 481,68 zł tj. ok. 60 tysięcy złotych niższą w skali miesiąca, niż skarżona przez niego wówczas cena odwołującego. Przypomnieć należy, że ówczesna umowa w ramach ówczesnego przetargu była korzystniejsza dla wykonawcy tj. generowała mniej kosztów po jego stronie. Z powyższego jednoznacznie wynika, że uwzględniając wszystkie okoliczności sprawy, cena ustalona przez Impel jest rażąco niska, nie ma bowiem żadnych realnych przesłanek, które mogłyby uzasadniać pod względem ekonomicznym zaproponowane przez Impel stawki.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem odwołującego, podtrzymując swoje stanowisko dodatkowo podnosząc, iż zakresie zarzutów odnoszących się do tajemnicy przedsiębiorstwa, to odwołujący uchybił terminom na skuteczne podnoszenie zarzutów

w tym zakresie, gdyż termin na wniesienie odwołania od czynności zamawiającego należało liczyć odpowiednio od 1 i 5 grudnia 2014 roku, kiedy to odwołujący powziął informację o podtrzymaniu zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów i treści złożonych przez przystępującego Impel.

9

Izba zważyła, co następuje.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza podziela stanowisko prezentowane przez odwołującego stwierdzając, że zarzuty odwołującego w zakresie podtrzymania przez zamawiającego dokumentów i treści objętych tajemnicą przedsiębiorstwa przez przystępującego Impel zostały wniesione w terminie.

Wskazać bowiem należy, że przepis art. 180 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

W myśl przepisu art. 182 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Skoro zatem zamawiający odpowiednio w dniu 1 grudnia 2014 roku oraz 5 grudnia 2014 roku przekazał odwołującemu informację o udostępnieniu części oferty wykonawcy Impel, to należałoby domniemywać, iż termin na wniesienie odwołania biegnie właśnie od dnia przesłania takiej informacji odwołującemu.

Ponadto należy zwrócić uwagę, że nawet jeżeli przepisu art. 182 ust. 1 ustawy Pzp, w niniejszym postępowaniu nie należałoby zastosować (w zakresie omawianego zarzutu), to ustawodawca zabezpieczył interesy odwołujących się wykonawców w ten sposób, iż ustanawiając przepis art. 182 ust. 3 ustawy Pzp wskazał, że odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

10

Biorąc powyższe pod uwagę, przyjmując, że czynność zamawiającego stanowi ową inną czynność, o której odwołujący dowiedział się odpowiednio 1 i 5 grudnia 2014 roku, to termin na wniesienie odwołania należałoby liczyć odpowiednio do 11 i 15 grudnia 2014 roku.

O ile można przyznać zamawiającemu rację, iż terminy wskazane powyżej powinny determinować możliwość rozpoznawania zarzutów (dotyczących zaniechania udostępnienia dokumentów i treści objętych tajemnicą przedsiębiorstwa), to jednak Izba stoi na stanowisku, że wskazane wyżej terminy nie mogą odnosić się do wskazywanych w odwołaniu czynności (zaniechań) zamawiającego, gdyż ze względu na brak skutku określonego przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, wniesione odwołanie, na taką czynność (czy też zaniechanie) zamawiającego powinno zostać oddalone.

Jak wynika bowiem z treści przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej

ustawy. Tym samym terminy na wniesienie środków ochrony prawnej określone przepisami art. 182 ustawy Pzp, należy oceniać (terminowość ich podniesienia) przez pryzmat przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazać bowiem należy, że wykonawca wnoszący odwołanie na brak odtajnienia, czy też utrzymania w mocy skuteczności zastrzeżenia dokumentów i treści opatrzonych klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, na etapie badania i oceny ofert, przed ogłoszeniem informacji o wyniku postępowania, nie może wywołać, bo nie może, skutku w postaci uzyskania zamówienia i poniesienia szkody (możliwości poniesienia) przez wykonawcę odwołującego się. A tylko taki skutek, w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, powodować może uwzględnienie odwołania. Ponadto wskazać należy, że wykonawca chcący skorzystać z prawa wniesienia odwołania na omawiane czynności (zaniechania), przed dniem ujawnienia przez zamawiającego wyniku oceny i badania ofert, tzw. informacji o wyniku postępowania, nie może być pewny, w jakim ostatecznym kierunku pójdzie ocena zamawiającego, tj. czy zamawiający nie dojdzie do tych samych wniosków, co wykonawca i ostatecznie to oferta tego wykonawcy zostanie wybrana jako najkorzystniejsza.

Rekapitulując stwierdzić należało, iż odwołanie w zakresie zarzutów z pkt 2 i 3 odwołania, tj. dotyczących zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa kalkulacji załączanej do oferty wg. wzoru załącznika nr 8 do s.i.w.z. oraz wyjaśnień w zakresie ceny ofertowej, czy nie nosi ona znamion ceny rażąco niskiej, zostało wniesione w terminie.

Odnosząc się zaś do merytorycznej treści zarzutów odwołania, to w zakresie zarzutu nr 1 odwołania dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Impel, pomimo, że oferta Impel

zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Izba stwierdziła, że odwołujący nie udowodnił, że cena ofertowa wykonawcy Impel jest rażąco niska.

Zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Odwołujący na rozprawie złożył dokumenty w postaci:

1) Ogłoszenie o zamówieniu nr 2014/S 204-361634 oraz ogłoszenie o udzieleniu zamówienia nr 2013/S 033-051508,
2) Kopie dokumentów znalezionych w biurze przekazywanym innemu wykonawcy (Impel),
3) Oferta handlowa na dostawę soli drogowej z 10 października 2014 roku oraz bliżej nieokreślone zestawienie,
4) Symulacja kosztów (opracowanie własne) dotycząca wybranych pozycji z kalkulacji kosztów,
5) Ulotka (broszura) dotycząca urządzenia sprzątającego model 7300 firmy Tennant,
6) Dokumentacja z innych postępowań (z lat poprzednich) dotyczącą świadczenia usług sprzątania na Stadionie Narodowym w tym m. in. protokoły postępowań, oferty, kalkulacje, umowy (8 kompletów).

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej przedłożone dowody nie potwierdziły okoliczności wywodzonej przez odwołującego.

Dowód nr 1 - z ogłoszenia o zamówieniu i ogłoszenia o udzieleniu zamówienia potwierdza jedynie fakt wszczęcia postępowania w 2014 roku oraz udzielenie zamówienia w 2013 roku na świadczenie usług sprzątania na Stadionie Miejskim we Wrocławiu. Dlatego też dowód powyższy Izba uznała za nieistotny w rozstrzygnięciu zarzutu odwołania.

Dowód nr 2 – kopie dokumentów „Dowód dostawy”, zestawienie „Wz”, wykaz produktów zatytułowany „Stadion Narodowy 15.12.2014”, zestawienie odzieży podpisane przez z-cę Dyrektora Operacyjnego Region Warszawa Impel Cleaning sp. z o.o., zostały złożone jako kopie dokumentów niepoświadczone „za zgodność z oryginałem”, co uniemożliwia stwierdzenie ich prawdziwości. Dowód niedopuszczony przez Izbę.

Dowód nr 3 - oferta handlowa na dostawę soli drogowej z 10 października 2014 roku oraz bliżej nieokreślone zestawienie. Oferta poświadcza jedynie fakt zaoferowania odwołującemu soli drogowej za określoną kwotę, zestawienie zawiera dane bliżej nieokreślone – dowód bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Dowód nr 4 - symulacja kosztów (opracowanie własne) dotycząca wybranych pozycji

z kalkulacji kosztów – kalkulacja przedstawia wyliczenie minimalnych możliwych stawek, jakie można zaoferować w przedmiotowym postępowaniu. Izba dokonała analizy

przedstawionych kalkulacji, porównując ją z kalkulacją przystępującego Impel, załączoną do oferty i stwierdziła, że w zakresie pozycji nr 17 wskazana przez odwołującego minimalna cena jednostkowa za m 2 , za jaką możliwe jest świadczenie usługi (w tej pozycji), to 0,05 zł i jest niższa niż cena przedstawiona w kalkulacji przedstawionej przez przystępującego Impel. W zakresie wskazywanej pozycji nr 1 odwołujący podał, że minimalna cena jednostkowa za m 2 , za jaką możliwe jest świadczenie usługi (w tej pozycji), to 0,02 zł. Izba stwierdziła, że wartość ta jest niższa niż cena podana w kalkulacji przedstawionej przez przystępującego Impel. W zakresie wskazywanej pozycji nr 12 odwołujący podał, że minimalna cena jednostkowa za m 2 , za jaką możliwe jest świadczenie usługi (w tej pozycji), to 0,09 zł. Izba stwierdziła, że wartość ta jest niższa niż cena podana w kalkulacji przedstawionej przez przystępującego Impel. W zakresie wskazywanej pozycji nr 34 odwołujący podał, że minimalna cena jednostkowa za m 2 , za jaką możliwe jest świadczenie usługi (w tej pozycji), to 0,23 zł. Izba stwierdziła, że wartość ta jest wyższa niż cena podana w kalkulacji przedstawionej przez przystępującego Impel. Niemniej wskazać należy, że w zakresie tej pozycji odwołujący błędnie przyporządkował zakres przedmiotowy usługi, stąd Izba nie mogła dokonać prawidłowego porównania. Jeżeli bowiem porównać ceny w zakresie opisu przedmiotu pozycji, dokonanej przez odwołującego, to odwołujący w swojej kalkulacji podał znacznie wyższą wartość cenową pozycji niż sam wskazywał w złożonym dowodzie – okoliczność na niekorzyść odwołującego. Odnosząc się zaś do ostatniej z wykazywanych przez odwołującego pozycji, tj. „Biznes Klub z foyer” (pozycja nr 18), odwołujący podał, że minimalna cena jednostkowa za m 2 , za jaką możliwe jest świadczenie usługi (w tej pozycji), to 0,04 zł. Izba stwierdziła, że wartość ta jest niższa niż cena podana w kalkulacji przedstawionej przez przystępującego Impel.

Dowód nr 5 - ulotka (broszura) dotycząca urządzenia sprzątającego model 7300 firmy Tennant została złożona w języku angielskim bez tłumaczenia na język polski. Dowód niedopuszczony przez Izbę (vide: § 19 pkt 3 rozporządzenia z dnia z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 964) - wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski.).

Dowód nr 6 - Dokumentacja z innych postępowań (z lat poprzednich) dotyczącą świadczenia usług sprzątania na Stadionie Narodowym w tym m. in. protokoły postępowań, oferty, kalkulacje, umowy (8 kompletów), potwierdza jedynie okoliczności tam przedstawione. Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Jak wynika z powyższego, jedynym dowodem, który mógłby być uwzględniony przez Izbę to kalkulacja porównawcza, która po dokonanej przez Izbę ocenie, nie odzwierciedla okoliczności, które podnosił odwołujący. Wskazać również należy, że analiza porównawcza

złożonych kalkulacji prowadzi do wniosku, że zarówno odwołujący jak i przystępujący zamiennie wyceniali pozycje zamówienia, tj. w niektórych pozycjach ceny jednostkowe odwołującego są niższe niż przystępującego, w niektórych pozycjach ceny są skalkulowane na tym samym poziomie, a w niektórych pozycjach ceny jednostkowe przystępującego są niższe niż odwołującego. Powyższe świadczy o konkurencyjnym charakterze złożonych ofert, ich indywidualnej wycenie z uwzględnieniem możliwości technicznych i organizacyjnych danego przedsiębiorstwa. Tym samym Izba nie stwierdziła, że cena przedstawiona przez przystępującego Impel jest rażąco niska.

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.

W zakresie zarzutu nr 2 Izba nie stwierdziła zarzucanego czynu wskazując, iż odwołujący nie udowodnił, że zamawiający nie dokonał weryfikacji zasadności zastrzeżenia przez wykonawcę Impel, jako tajemnicy przedsiębiorstwa „Formularza kalkulacji kosztów" oraz treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Impel w dniu 3 grudnia 2014 r. Zamawiający na rozprawie oświadczył bowiem, że takiej weryfikacji dokonał, a ze względu na obowiązek dowodowy po stronie odwołującego zarzut powyższy należało oddalić.

Niemniej stwierdzenie powyższe nie wpływa na ustalenie przez Izbę, iż zamawiający weryfikując rzeczone dokumenty wyciągnął błędne wnioski. W ocenie Izby bowiem, zarzut nr 3 odwołania potwierdził się. Izba podkreśla jedynie, że zakres zarzutu odnosił się tylko do zaniechania zamawiającego polegającego na nie udostępnieniu odwołującemu załącznika do wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Impel w dniu 3 grudnia 2014 r., wobec czego zakres rozstrzygnięcia dokonanego przez Izbę odnosi się tylko do zakresu zarzutu podniesionego przez odwołującego (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu).

Zdaniem Izby wykonawca Impel, składając rzeczone wyjaśnienia z dnia 3 grudnia 2014 roku, nie udowodnił zasadności zastrzeżenia informacji tam zawartych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przystępujący oświadczając, że przedstawione informacje stanowią tajemnicę 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. Nadto zwrócić

uwagę należy na okoliczność, iż przedmiotowe wyjaśnienia zostały przesłane zamawiającemu faksem, co w prosty sposób udowadnia, że treści tam zawarte nie stanowią, jakiś szczególnie chronionych danych, których ujawnienie groziłoby naruszeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

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 tajemnicę 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.

Mając jednakże na uwadze okoliczność, iż nie potwierdziły się pozostałe zarzuty odwołania, w szczególności determinujące konieczność odrzucenia oferty przystępującego, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie w rozumieniu przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Stwierdzone przez Izbę naruszenie przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych przez zamawiający nie miało i nie może mieć wpływu na wynik prowadzonego postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący: ……