

WYROK

z dnia 29 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę Zakład Sprzątnia Wnętrz J. J. „MOP 83” Sp. z o.o. z siedzibą w Gronowie Górnym, ul. Szafirowa 7A, 82-310 Gronowo Górne w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego 33 Baza Lotnictwa Transportowego, ul. Witkowska 8, 62-430 Powidz przy udziale wykonawcy Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 1588/18 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Zakład Sprzątnia Wnętrz J. J. „MOP 83” Sp. z o.o. z siedzibą w Gronowie Górnym, ul. Szafirowa 7A, 82-310 Gronowo

Górne i:

zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Zakład Sprzątnia Wnętrz J. J. „MOP 83” Sp. z o.o. z siedzibą w Gronowie Górnym, ul. Szafirowa 7A, 82-310 Gronowo Górne tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i 2018) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

do Sądu Okręgowego w Koninie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający 33 Baza Lotnictwa Transportowego, ul. Witkowska 8, 62-430 Powidz wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Usługa utrzymania czystości na obiektach administrowanych przez 33. Bazę Lotnictwa Transportowego«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 15.05.2018 r.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.

- Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i 2018) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający poinformował 30.07.2018 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław [dalej wykonawca Im lub przystępujący].

Wykonawca Zakład Sprzątania Wnętrz J. J. „MOP 83” Sp. z o.o. z siedzibą w Gronowie Górnym, ul. Szafirowa 7A, 82-310 Gronowo Górne, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 9.08.2018 r. do Prezesa KIO odwołanie w zakresie części nr 2.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 8 ust. 3 Pzp - przez zaniechanie odtajnienia zastrzeżonych kluczowych części wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny z 4.07.2018 r. oraz z 11.07.2018 r., pomimo że wyłącznie niektóre informacje zawarte w wyjaśnieniach mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [odwołujący sprecyzował na rozprawie, że znajdująca się w odwołaniu nieprawidłowa data pisma 4.07.2011 r. została wpisana omyłkowo zamiast prawidłowej daty pisma 4.07.2011 r. - przyp. Izby];
- 2) art. 8 ust. 3 Pzp - przez zaniechanie odtajnienia bezzasadnie zastrzeżonych wyjaśnień w sprawie wyliczenia ceny z 4.07.2018 r. oraz z 11.07.2018 r., pomimo że wykonawca Im nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 3) ewentualnie innych przepisów wynikających pośrednio z treści odwołania, który to zarzut odwołujący cofnął na rozprawie.

Odwołujący wniósł uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu (w zadaniu nr

2):

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Im;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 3) odtajnienia wyjaśnień z 4.07.2018 r. i z 11.07.2018 r. wykonawcy Im w sprawie rażąco niskiej ceny;
- 4) odrzucenia oferty wykonawcy Im;
- 5) dokonania wyboru odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

Argumentacja odwołującego
Zarys wstępny sprawy

Zgodnie z częścią III SIWZ zamówienie podzielono na zadania:

zadanie nr 1: świadczenie usług utrzymania czystości powierzchni wewnętrznych w

budynkach administrowanych przez 33 Bazę Lotnictwa Transportowego w Powidzu w miejscowościach: Powidz, Przybrodzin, Ruchocinek, Witkowo, Gniezno i Konin;

zadanie nr 2: świadczenie usług utrzymania czystości powierzchni zewnętrznych (terenów zielonych i utwardzonych) administrowanych przez 33. Bazę Lotnictwa Transportowego w Powidzu w miejscowościach: Powidz, Przybrodzin, Ruchocinek, Witkowo i Gniezno.

Odwołujący i wykonawca Im złożyli oferty w zadaniu nr 2. Oprócz tego w zadaniu nr 2 ofertę złożyło dwóch innych wykonawców.

Kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosiła 1 166 092,29 zł brutto, natomiast wysokość ofert od 751 012,36 zł (wykonawca Im) przez 1 322 526,22 zł (odwołujący) do ok. 1 420 000 zł (pozostali dwaj wykonawcy).

Zgodnie z częścią XIII pkt 2-3 SIWZ wykonawca miał obowiązek podać cenę oferty w Formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do SIWZ) za wypełnionym Formularzem cenowym (załącznik nr 2 lub 3 do SIWZ). Zamawiający określił również, że cena podana w ofercie powinna obejmować wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w załącznikach do SIWZ oraz warunkami stawianymi przez zamawiającego we wzorze umowy zawartej w zał. nr 16 i 17 do SIWZ, w tym znolizowane przepisy ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

29.06.2018 r. wykonawca Im został wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w sprawie wyliczenia ceny. Wezwanie dotyczyło ceny oferty oraz ceny jednostkowej za utrzymanie terenów zewnętrznych zielonych. W wezwaniu zamawiający zobowiązał wykonawcę Im do złożenia szczegółowych wyliczeń oraz wyjaśnień popartych dowodami, wskazujących na to, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest skalkulowana

4

prawidłowo i z uwzględnieniem wszystkich wymogów realizacji przedmiotu zamówienia

(kosztów wynagrodzeń, materiałów, użytkowania sprzętu, ubezpieczenia, innych opłat oraz niezbędnych kosztów).

4.07.2018 r. wykonawca Im złożył wyjaśnienia. Wykonawca Im zastrzegł część wyjaśnień od s. 5 do s. 9. Z kolei na niezastrzeżoną część wyjaśnień składały się:

- 1) ogólnikowe, nieskonkretyzowane oraz niepoparte jakimikolwiek dowodami uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz
- 2) równie ogólnikowa i niepoparta dowodami część wstępna wyjaśnień, gdzie wykonawca Im powołał się na nieskonkretyzowane okoliczności uzasadniające możliwość zaoferowania ceny na niskim poziomie (25-letnie doświadczenie w branży, korzystne warunki zakupu środków chemicznych oraz użytkowania sprzętu mechanicznego i ręcznego, pozyskane dofinansowanie, posiadanie zaplecza technicznego, posiadanie wiedzy i doświadczenia co do optymalnej realizacji usługi).

Następnie 6.07.2018 r. zamawiający po raz drugi wezwał wykonawcę Im do złożenia wyjaśnień co do ceny oferty. Tym razem przedmiotem wyjaśnień miała być cena jednostkowa dla powierzchni zewnętrznych utwardzonych. Ponownie zamawiający zażądał szczegółowych wyliczeń oraz wyjaśnień popartych dowodami, wskazujących na to, że zaoferowana przez wykonawcę Im cena jest skalkulowana prawidłowo, z uwzględnieniem wszystkich wymogów realizacji przedmiotu zamówienia.

11.07.2018 r. wykonawca Im złożył wyjaśnienia w zakresie ceny oferty. Wykonawca Im zastrzegł część wyjaśnień od s. 5 do s. 8. Na niezastrzeżoną część wyjaśnień składały się: uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz część wstępna wyjaśnień - przy czym oba fragmenty wyjaśnień - miały dokładnie taką samą treść jak w przypadku wyjaśnień z 4.07.2018 r.

30.07.2018 r. zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy Im jako oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 2.

Następnie 2.08.2018 r. zamawiający udostępnił odwołującemu protokół postępowania oraz wyjaśnienia wykonawcy Im z 4.07.2018 r. oraz z 11.07.2018 r. - poza częściami objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa.

Niezależnie od opisanego dotychczasowego przebiegu postępowania zamówieniowego - odwołujący wskazał, że w ramach toczącego się równolegle innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postępowanie pn. „Sprzątanie obiektów Centrali ZUS oraz pielęgnację terenów zieleni”, znak postępowania TZ/271/10/18, część a, prowadzone przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3,5, 01-748 Warszawa) - wykonawca Im posłużył się identycznym - w warstwie merytorycznej - uzasadnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa (zmieniono jedynie kolejność niektórych fragmentów), tyle że we wspomnianym postępowaniu tajemnicą przedsiębiorstwa objął całość wyjaśnień, podczas

5

gdy w rozpoznawanym postępowaniu wykonawca Im zastrzegł wyłącznie część szczegółową, w tym najprawdopodobniej kalkulację ceny.

Co istotne - ów wzór uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, którym posługuje się powszechnie wykonawca Im i którym posłużył się również w rozpoznawanym postępowaniu - został negatywnie zweryfikowany przez Krajową Izbę Odwoławczą. W wyroku z 28 czerwca 2018 r. (sygn. akt KIO 1187/18) Izba nakazała odtajnienie wyjaśnień wykonawcy Im,

w tym szczegółowej kalkulacji ceny (oprócz danych dotyczących marży i zysku) i Izba wskazała co następuje:

Wykonawca Im poza ogólnikowymi stwierdzeniami, nie odnoszącymi się do konkretnych informacji, podanych w wyjaśnieniach, nie uzasadnił w sposób przekonujący, że zastrzeżenie poufności przedstawionych informacji jest uwarunkowane rodzajem i charakterem informacji zawartych w wyjaśnieniach. [...]. Odnosnie kalkulacji ceny, sama

okoliczność, że jest ona zindywidualizowana dla danego postępowania nie uzasadnia w ocenie Izby konieczności zachowania w poufności wyjaśnień. Wykonawca powinien podać,

które składniki ceny stanowią dla niego istotną wartość gospodarczą i dlaczego.

Sformułowanie jedynie ogólnego oświadczenia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa, odnoszącego się do wszystkich złożonych informacji, nie stanowi merytorycznej przesłanki uzasadniającej ochronę przed ujawnieniem podanych informacji.

Przechodząc do uzasadnienia zarzutów odwołania odwołujący wskazał:

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp - przez zaniechanie odtajnienia zastrzeżonych kluczowych części wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny z 4.07.2018 r. oraz z 11.07.2018 r., pomimo że wyłącznie niektóre informacje zawarte w wyjaśnieniach mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przedmiotowy zarzut dotyczy tych części wyjaśnień z 4.07.2018 r. i z 11.07.2018 r., które wykonawca Im objął tajemnicą przedsiębiorstwa - poza:

- 1) cenami i rabatami z ofert dostawców środków czystości,
- 2) imionami i nazwiskami osób, których umowy o pracę dołączono do wyjaśnień lub których dane są elementem wyjaśnień

- które to elementy wyjaśnień wykonawcy Im mogą w ocenie odwołującego istotnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy Im.

Wykonawca Im dokonał zastrzeżenia kluczowych części wyjaśnień, tj. fragmentów, w których wykonawca Im przedstawił - zgodnie z treścią wezwań zamawiającego:

- 1) czynniki wpływające na ogólną cenę oferty;
- 2) cenę jednostkową za utrzymanie terenów zewnętrznych zielonych (wyjaśnienia z 4.07.2018 r.) oraz

3) cenę jednostkową za utrzymanie terenów zewnętrznych utwardzonych (wyjaśnienia z 11.07.2018 r.).

Kalkulacja usługi, w tym wymienionych wyżej cen jednostkowych, składa się w przeważającej części z kosztów osobowych, które same w sobie są wytwarzane na potrzeby postępowania i podyktowane szczególnymi wymogami określonymi przez zamawiającego.

Natomiast zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2018 r. poz. 419): „przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności”.

Nie można zatem objąć tajemnicą przedsiębiorstwa kalkulacji sporządzonych w oparciu o powszechnie znane czynniki.

W postępowaniu zamawiający postawił w SIWZ konkretne wymagania co sposobu realizacji zamówienia z których wynika konieczność przyjęcia przez wykonawców kosztów osobowych na konkretnym poziomie:

»Część III SIWZ:

Zamawiający na podstawie art. 29 ust. 3a Pzp wymaga zatrudnienia, przez wykonawcę lub podwykonawcę, na podstawie umowy o pracę, osób bezpośrednio zaangażowanych do prac utrzymania czystości powierzchni wewnętrznych i zewnętrznych, za wyjątkiem osób sprawujących samodzielne funkcje kierownicze, zgodnie z art. 22 § 1 Kodeksu pracy.

Zamawiający nie określa wymiaru etatu.

Szczegółowe warunki realizacji zamówienia, określa „Wzór umowy” stanowiący [...] zał.

nr 17 do SIWZ - dla zadania nr 2, Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Usługi - [...] zał. nr 12 do SIWZ - dla zadania nr 2 oraz zakres prac z wymaganą częstotliwością - [...] zał. nr 14 do SIWZ - dla zadania nr 2.

Jeżeli chodzi o wynagrodzenie minimalne - jest ono ogólnie znane. Wynika z rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 września 2017 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej w 2018 r. (Dz. U. 2017 r. poz. 1747).

Powszechnie znane są także inne konieczne koszty zatrudnienia pracowników wynikające z przepisów prawa pracy, w szczególności z Kodeksu pracy zawiązane z:

- 1) zastępstwem pracowników w czasie realizacji ich prawa do urlopu (art. 152 Kp) lub koniecznością zapłaty ekwiwalentu pieniężnego w przypadku niewykorzystania urlopu przez pracowników (art. 171 Kp);
- 2) zastępstwem pracowników w czasie zwolnienia chorobowego;
- 3) prowadzeniem szkoleń BHP dla pracowników (art. 2373 i 2374 Kp),
- 4) prowadzeniem badań lekarskich dla pracowników (art. 292 § 6 Kp);
- 5) zapewnieniem środków higieny osobistej dla pracowników (art. 233 Kp);
- 6) zapewnieniem środków ochrony indywidualnej oraz odzieży i obuwia roboczego (art. 2376-2377 Kp).

Tak niska cena oferty wskazuje, że wykonawca Im mógł nie uwzględnić kosztów obowiązkowych, ale brak dostępu do wyjaśnień uniemożliwia postawienie zarzutu

naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

Wykonawca Im mógł się dopuścić czynu nieuczciwej konkurencji przenosząc koszty zamówienia pomiędzy elementami zawierającymi różne stawki VAT - ale brak dostępu do wyjaśnień uniemożliwia postawienie zarzutu również w tym zakresie.

Jeśli chodzi o przepisy ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i

społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. 2018 r. poz. 511), dalej „ustawa o rehabilitacji”, odwołujący podkreślił, że wprowadzone tam zasady klasyfikacji i dofinansowania osób niepełnosprawnych - są ogólnie znane.

Powiatowe Zespoły ds. Orzekania o Niepełnosprawności orzekają niepełnosprawność osób dorosłych dla celów pozarentowych i przyznają im stopień niepełnosprawności. Obowiązują trzy stopnie niepełnosprawności:

- znaczny:

Do znacznego stopnia niepełnosprawności zalicza się osobę z naruszoną sprawnością organizmu, niezdolną do pracy albo zdolną do pracy jedynie w warunkach pracy chronionej i wymagającą, w celu pełnienia ról społecznych, stałej lub długotrwałej opieki i pomocy innych osób w związku z niezdolnością do samodzielnej egzystencji. Niezdolność do samodzielnej egzystencji oznacza naruszenie sprawności organizmu w stopniu uniemożliwiającym zaspokajanie bez pomocy innych osób podstawowych potrzeb życiowych, za które uważa się przede wszystkim samoobsługę, poruszanie się i komunikację.

- umiarkowany:

Do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności zalicza się osobę z naruszoną sprawnością organizmu, niezdolną do pracy albo zdolną do pracy jedynie w warunkach pracy chronionej lub wymagającą czasowej albo częściowej pomocy innych osób w celu pełnienia ról społecznych.

Zaliczenie do znacznego albo umiarkowanego stopnia niepełnosprawności osoby nie wyklucza możliwości zatrudnienia tej osoby u pracodawcy niezapewniającego warunków pracy chronionej, w przypadkach:

a) przystosowania przez pracodawcę stanowiska pracy do potrzeb osoby niepełnosprawnej,

b) zatrudnienia w formie telepracy.

Kontrolę w zakresie przystosowania przez pracodawcę stanowiska pracy do potrzeb osoby niepełnosprawnej przeprowadza Państwowa Inspekcja Pracy.

- lekki:

Do lekkiego stopnia niepełnosprawności zalicza się osobę o naruszonej sprawności organizmu, powodującej w sposób istotny obniżenie zdolności do wykonywania pracy, w porównaniu do zdolności, jaką wykazuje osoba o podobnych kwalifikacjach zawodowych z pełną sprawnością psychiczną i fizyczną, lub mającą ograniczenia w pełnieniu ról społecznych dające się kompensować przy pomocy wyposażenia w przedmioty ortopedyczne, środki pomocnicze lub środki techniczne.

W zależności od rodzaju niepełnosprawności - kwoty dofinansowania z PFRON - znacznie się różnią:

- 1800 zł - w przypadku osób niepełnosprawnych zaliczonych do znacznego stopnia niepełnosprawności;

- 1125 zł - w przypadku osób niepełnosprawnych zaliczonych do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności;

- 450 zł - w przypadku osób niepełnosprawnych zaliczonych do lekkiego stopnia niepełnosprawności.

Kluczowe jest więc podanie przez wykonawcę 1m informacji ile osób przewidział w danej kategorii niepełnosprawności.

W przypadku dofinansowania w kwocie 1125 zł na osobę - tj. od stopnia umiarkowanego - wykonawca ponosi koszty - które musi założyć w związku z podaną kwotą dofinansowania.

Są to informacje niezwykle istotne w kontekście prawidłowości wyliczenia ceny, bowiem fakt otrzymywania dofinansowania np. z PFRON z jednej strony umożliwia zmniejszenie kosztu pracownika o kwotę dofinansowania, ale jednocześnie powoduje konieczność uwzględnienia wynikających z ustawy o rehabilitacji dodatkowych kosztów związanych z zatrudnieniem osoby niepełnosprawnej, w tym m.in. kosztów dodatkowego urlopu wypoczynkowego, płatnego zwolnienia z pracy, czy też krótszego czasu pracy pracownika z orzeczoną niepełnosprawnością:

- Dodatkowy urlop wypoczynkowy - art. 19 ust. 1 ustawy o rehabilitacji: »Osobie zaliczonej do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności przysługuje dodatkowy urlop wypoczynkowy w wymiarze 10 dni roboczych w roku kalendarzowym«.

- Płatne zwolnienie od pracy - art. 20 ust. 1-3 ustawy o rehabilitacji: »1. Osoba o znacznym lub umiarkowanym stopniu niepełnosprawności ma prawo do zwolnienia od pracy z zachowaniem prawa do wynagrodzenia:

- 1) w wymiarze do 21 dni roboczych w celu uczestniczenia w turnusie rehabilitacyjnym, nie częściej niż raz w roku, z zastrzeżeniem art. 10f ust. 1 pkt 2;

- 2) w celu wykonania badań specjalistycznych, zabiegów leczniczych lub usprawniających, a także w celu uzyskania zaopatrzenia ortopedycznego lub jego naprawy, jeżeli czynności te nie mogą być wykonane poza godzinami pracy.

2. Wynagrodzenie za czas zwolnień od pracy, o których mowa w ust. 1, oblicza się jak ekwiwalent pieniężny za urlop wypoczynkowy.

3. Łączny wymiar urlopu określonego w art. 19 ust. 1 i zwolnienia od pracy, o którym mowa w ust. 1 pkt 1, nie może przekroczyć 21 dni roboczych w roku kalendarzowym»«.

Krótszy wymiar czasu pracy - art. 15 ust. 2 i art. 18 ust. 1 ustawy o rehabilitacji:
art. 15 ust. 2:

»Czas pracy osoby niepełnosprawnej zaliczonej do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności nie może przekraczać 7 godzin na dobę i 35 godzin tygodniowo.

Stosowanie norm czasu pracy, o których mowa w art. 15, nie powoduje obniżenia wysokości wynagrodzenia wypłacanego w stałej miesięcznej wysokości«.

Dodatkowa przerwa w pracy - art. 17 ustawy o rehabilitacji

»Osoba niepełnosprawna ma prawo do dodatkowej przerwy w pracy na gimnastykę usprawniającą lub wypoczynek. Czas przerwy wynosi 15 minut i jest wliczany do czasu pracy«.

Utajnienie powyższych elementów sprowadza się jedynie do tego, że wykonawca może wprowadzić w błąd zamawiającego np. próbując twierdzić, że sam fakt zatrudnienia osoby niepełnosprawnej w stopniu umiarkowanym (a więc średnim) - powoduje, że będzie otrzymywał „za darmo”, „dodatkowo” jakieś środki z PFRON. Takie twierdzenie jest wprowadzeniem w błąd i to umyślnym, nakierowanym na oszukanie zamawiającego co do rzeczywistej kalkulacji oferty w tym zakresie.

Również ogólne twierdzenia o „zatrudnianiu osób niepełnosprawnych” - są niewystarczające do wykazania, że nie złożono rażąco niskiej ceny. Bez konkretyzacji w tym zakresie wyjaśnienia są bezwartościowe.

Nawiązując do powyższego należy wskazać, że jeśli treść utajniona wyjaśnień - została skonkretyzowana i oparta o przepisy ustawy o rehabilitacji osób niepełnosprawnych, przepisy rozporządzenia w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę lub przepisy Kodeksu pracy - to nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, z uwagi na powszechną znajomość owych przepisów. Natomiast w przypadku, gdyby treść utajniona miała charakter ogólny - nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa z uwagi na brak w niej jakiegokolwiek wartości gospodarczej technicznej lub organizacyjnej przedsiębiorstwa.

Reasumując - w rozpoznawanej sytuacji charakter utajnionych treści uniemożliwia uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca Im - przez utajnienie wyjaśnień - usiłuje ukryć aspekty wykonania zamówienia dotyczące korzystania z dofinansowania dla zatrudnienia osób niepełnosprawnych, tj. wysokości tego dofinansowania.

Wyjaśnienia nie zweryfikowane przez innych wykonawców - zaznajomionych z obowiązującymi na rynku cenami - stanowią łatwy instrument do manipulacji zamawiającym.

II. Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp - przez zaniechanie odtajnienia bezzasadnie zastrzeżonych wyjaśnień w sprawie wyliczenia ceny z 4.07.2018 r. oraz z 11.07.2018 r., pomimo że wykonawca Im nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Odwołujący podniósł, że:

1) uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa sporządzone przez wykonawcę Im jest niezwykle ogólne, nieskonkretyzowane do przedmiotowego zamówienia, dodatkowo niepoparte dowodami;

2) na brak skonkretyzowania wskazuje chociażby okoliczność, że wykonawca Im - zawarł dokładnie taką samą treść uzasadnienia do wyjaśnień z 4.07.2018 r. i z 11.07.2018 r., mimo że poszczególne wyjaśnienia dotyczyły zupełnie innych kwestii - pierwsze cen za utrzymanie terenów zewnętrznych zielonych, a drugie cen za utrzymanie terenów zewnętrznych utwardzonych;

3) ze względu na ogólny charakter analogiczne uzasadnienie mogłoby być sporządzone i złożone przez wykonawcę Im w jakimkolwiek innym postępowaniu - co zresztą miało miejsce w równoległym toczącym się postępowaniu prowadzonym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, gdzie Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z 28 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1187/18, uznała złożone przez wykonawcę Im - takie same uzasadnienie za całkowicie ogólnikowe i nakazała odtajnienie wyjaśnień);

4) wykonawca Im nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, tj. usługi sprzątnięcia - sposób kalkulacji oferty wynika z wymagań SIWZ, w szczególności dotyczących sposobu realizacji zamówienia, który wymusza na wykonawcy przyjęcie określonej struktury zatrudnienia (przyjęcia kosztów pracowniczych, których wysokość nie może być niższa niż wynikająca z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz musi uwzględniać konieczne pozapłacowe koszty zatrudnienia) i posiadania przez wykonawcę niezbędnego sprzętu i środków czystości;

5) wykonawca Im nie wykazał szkody, jaka wiąże się z ujawnieniem zastrzeżonych danych;

6) wykonawca Im nie wykazał, że podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji - nie przedstawił na tę okoliczność żadnych dowodów - m.in. nie wykazał, że zawarł z pracownikami umowy o zachowaniu poufności - nie załączono żadnej kopii umowy ani chociażby fragmentu umowy z klauzulą poufności;

7) wykonawca Im nie wykazał, że zastrzeżone dane są chronione również przez jego kontrahentów, w tym dostawców sprzętu i środków czystości, nie przedstawił nawet fragmentów przykładowych umów;

8) wykonawca Im wskazał, że podjął wdrożyć wewnętrzne regulacje określające zasady bezpieczeństwa informacji, brak jest jednak nawet fragmentów takich regulacji.

Mając na uwadze powyższe odwołanie jest konieczne i uzasadnione.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 9.08.2018 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 9.08.2018 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

13.08.2018 r. [pon.] wykonawca Im złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art.

185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy - Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby odwołujący wypełnił łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz odwołujący wykazał wystąpienie możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba wzięła pod uwagę dowód złożony przez odwołującego - dowód nr 1 tj. wyjaśnienia dot. Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (dalej ZUS) w podobnej sprawie, z podobnym uzasadnieniem utajnienia oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 1187/18 odnoszący się do tych wyjaśnień.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp - przez zaniechanie odtajnienia zastrzeżonych kluczowych części wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny z 4.07.2018 r. oraz z 11.07.2018 r., pomimo że wyłącznie niektóre informacje zawarte w wyjaśnieniach mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz zarzut drugi naruszenia tego samego przepisu art. 8 ust. 3 Pzp - przez zaniechanie odtajnienia bezzasadnie zastrzeżonych wyjaśnień w sprawie wyliczenia ceny z 4.07.2018 r. oraz z 11.07.2018 r., pomimo że wykonawca Im wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - nie zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że przystępujący w dwóch pismach z 4.07.2018 r. oraz z 11.07.2018 r. skierowanych do zamawiającego w celu wyjaśnienia kwestii rażąco niskiej ceny zastrzegł informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Mimo, że zastrzeżenia te - w stosunku do dwóch różnych informacji - miały taką samą treść zostały przez zamawiającego

potraktowane jako właściwie zastrzeżone, co stało się przyczyną wniesienia odwołania.

Izba podkreśla, że w zamówieniach publicznych obowiązuje zasada określona w art. 8 ust. 1 Pzp brzmiąca »Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne«. Jednak zasada ta nie jest zasadą bezwzględnie obowiązującą, gdyż wykonawcy mogą zastrzec informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, co jest unormowane w art. 8 ust. 3 Pzp, który to przepis brzmi »Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,

zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje
13

stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu». W rozpoznawanej sprawie nie było istotne, że również zamawiający w art. 8 ust. 2, 2a i 4 Pzp mogą ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem.

Zgodnie z treścią przepisu art. 8 ust. 3 Pzp wykonawcy w celu skutecznego zastrzeżenia swojej tajemnicy przedsiębiorstwa nie muszą dowodzić, a jedynie wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W związku z odwołaniem się ustawodawcy do przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, należy przytoczyć treść art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 2018 poz. 419), który to przepis brzmi »Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności«.

Izba stwierdza, że przystępujący wskazał, że zależy mu na nieujawnianiu do publicznej wiadomości treści zastrzeżonych. Ponadto przystępujący wskazał, że zastrzeżone informacje nie zostały ujawnione i że przystępujący podjął w stosunku do tych informacji właściwe, niezbędne działania w celu zachowania tych informacji ich poufności. Szczególnie przystępujący wykazał zabezpieczenie systemu informatycznego czy procedurę wewnętrznego obiegu dokumentów, a także zachowanie tajemnicy przez pracowników przez szczególnie postanowienia umowne. Wynikiem właściwego zabezpieczenia się przystępującego przed ujawnieniem jego tajemnicy przedsiębiorstwa jest fakt, że nawet odwołujący nie mógł wniknąć w obszary wiedzy zastrzeżone przez przystępującego. Ponadto - na podstawie treści zastrzeżenia - nie można mieć wątpliwości, że zastrzeżone informacje mają dla przystępującego wartość gospodarczą i dzięki ich stosowaniu przystępujący może przystępować do przetargów na przedstawionych warunkach szczególnie cenowych.

Izba musi także podkreślić, że przystępujący w poruszonym przez odwołującego postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1187/18 zastrzegł całość dokumentu, a Izba

nakazała ujawnić tylko pewien zakres tego dokumentu, pozostawiając w zakresie chronionej przed ujawnieniem określone fragmenty. W rozpoznawanym przypadku zgodnie z regułą indywidualnego podejścia do każdego rozpoznawanego postępowania zamówieniowego

Izba musi podkreślić, że przystępujący zastrzegł tylko bardzo nieznaczne części swoich wyjaśnień i dlatego nie można powoływać się na wyrok o sygn. akt KIO 1187/18, gdyż

dotyczy on całkiem innej sprawy.

Na pewno, co podniósł odwołujący, powoływanie się na okoliczności uzasadniające tajemnicę przedsiębiorstwa w tych samych słowach przez przystępującego może w konkretnych sprawach doprowadzić do niewłaściwego uzasadnienia potrzeby zachowania tajemnicy, ale w rozpoznawanej sprawie zamówieniowej nie wywołało żadnych wątpliwości w dostatecznie uzasadniło w obu pismach konieczność zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wobec powyższych konstatacji należy uznać, że przystępujący właściwie zabezpieczył swoje wrażliwe informacje w celu zachowania ich poufności i z tego względu Izba mnie może przychylić się do zarzutów odwołującego.

Zamawiający - podczas prowadzenia postępowania - nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: