

Sygn. akt: KIO 175/13

WYROK

z dnia 11 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lutego 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 stycznia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie, 31-215 Kraków, ul. Żabieniec 46 i „Izan+” Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, 91-170 Łódź, ul. Przybosia 3** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Kliniczny im. ks. Anny Mazowieckiej w Warszawie, 00-315 Warszawa, ul. Karowa 2,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Ever Grupa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 01-934 Warszawa, ul. Arkuszowa 39 (lider)** i **PROPEL System Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 01-934 Warszawa, ul. Arkuszowa 39** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 175/13 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie, 31-215 Kraków, ul. Żabieniec 46 i „Izan+” Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, 91-170 Łódź, ul. Przybosia 3 i:**

- 1.1. 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. Żabieniec 46 i „Izan+” Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, 91-170 Łódź, ul. Przybosia 3** tytułem 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 Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Szpital Kliniczny im. ks. Anny Mazowieckiej w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Utrzymanie czystości z obsługą sanitarną szpitala”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 września 2012 r., nr 2012/S 183-300923.

W dniu 15 stycznia 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, zwanych dalej „odwołującym”, o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ever Grupa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Propel System Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanych dalej „konsorcjum Ever Grupa”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 25 stycznia 2013 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 25 stycznia 2013 r.) wobec:

1. zaniechania czynności odtajnienia wyjaśnień oferty konsorcjum Ever Grupa oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Derślaw Sp. z o.o. z siedzibą w Połańcu, DGP Dozorbud Grupa polska Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, DGP CleanPartner Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy oraz PU GOS-ZEC Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zwanych dalej „konsorcjum DGP”, pomimo iż utajnione dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa,
2. niezgodnego z przepisami wyboru oferty konsorcjum Ever Grupa jako najkorzystniejszej,

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez utajnienie wyjaśnień konsorcjum Ever Grupa, dotyczących składników cenotwórczych i uznanie ich za informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w sytuacji gdy wyjaśnienia te nie spełniają warunków uznania ich za tajemnicę i jako element treści oferty tego wykonawcy winien być udostępniony innym wykonawcom,
2. art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez utajnienie wyjaśnień konsorcjum DGP, dotyczących składników cenotwórczych i uznanie ich za informacje stanowiące

tajemnicę przedsiębiorstwa w sytuacji gdy wyjaśnienia te nie spełniają warunków uznania ich za tajemnicę i jako element treści oferty tego wykonawcy winien być udostępniony innym wykonawcom,

3. art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp poprzez błędne jego zastosowanie i uznanie za zasadne zastrzeżenie jawności informacji zawartych w wyjaśnieniach konsorcjum Ever Grupa,
4. art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp poprzez błędne jego zastosowanie i uznanie za zasadne zastrzeżenie jawności informacji zawartych w wyjaśnieniach konsorcjum DGP,
5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu,
6. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów prawa.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

1. odtajnienie części zastrzeżonej oferty konsorcjum Ever Grupa,
2. odtajnienie części zastrzeżonej oferty konsorcjum DGP,
3. unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Ever Grupa,
4. powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w w/w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż zamawiający uczynił zadość obowiązkowi wezwania wykonawców (konsorcjum Ever Grupa i konsorcjum DGP) do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, jednakże w sposób nieprawidłowy ocenił zasadność zastrzeżenia informacji stanowiących treść wyjaśnień jako będących tajemnicą przedsiębiorstwa. Informacje te nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż informacje dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, tj. zestawienie kosztów wynagrodzeń pracowniczych, wartość uzyskanego odpisu z PEFRON wraz z kosztami amortyzacji sprzętu potrzebnego do wykonania usługi, kosztami chemii i środków dezynfekcyjnych nie spełniają przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Informacje te ze względu na poziom ogólności nie dają podstaw do uznania, iż można im przypisać jakąkolwiek wartość gospodarczą. A ponadto same gołosłowne twierdzenia, że wykonawcy podjęli czynności mające na celu zachowanie poufności nie stanowi wystarczającej podstawy do przyjęcia złożonych oświadczeń za prawdziwe. Wykonawcy nie przedstawili dowodów na poparcie swych wyjaśnień. Jawność postępowania jest zasadą, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa ode tej zasady powinny być uzasadnione i udowodnione. Złożenie

ogólnych wyjaśnień bez przedstawienia konkretnych dowodów nie może być podstawą do jej ograniczenia.

W dniu 25 stycznia 2013 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, stosowne pismo oraz kopię odwołania, przekazując wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

W dniu 28 stycznia 2013 r. konsorcjum Ever Grupa przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 28 stycznia 2013 r. (wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i Hospital Servis partner Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwany dalej „konsorcjum Impel”, przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie odwołującego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

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

Izba stwierdziła brak skuteczność przystąpienia konsorcjum Impel do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego z uwagi na to, iż konsorcjum to nie jest już wykonawcą w rozumieniu przepisów ustawy Pzp, gdyż wykonawca ten wezwany do przedłużenia terminu związania ofertą czynności tej nie dokonał w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, tym samym nie ma on w chwili obecnej interesu w przystąpieniu do postępowania odwoławczego.

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 art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

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

Izba ustaliła, iż zamawiający pismem z dnia 9 stycznia 2013 r., wezwał konsorcjum Ever Grupa oraz konsorcjum DGP do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wraz z dowodami na ich poparcie (np. szczegółowe wyliczenia kosztów wynagrodzeń, przedstawienie konkretnych danych i wyjaśnień co do ich obniżenia). W uzasadnieniu przedmiotowego pisma podnosząc, iż „zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 3 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2810/12 Izba uznała, iż nieodzownym składnikiem kosztów wykonania przedmiotowego zamówienia pozostaje koszt wynagrodzeń pracowników koniecznych do realizacji usług składających się na jego zakres. Wyjściowym parametrem dla oceny i wyliczenia tego typu kosztu jest ilość stanowisk i godzin wymaganych przez Zamawiającego do stałego obsadzenia w czasie realizacji zamówienia odniesiona do minimalnego wynagrodzenia za pracę narzucanego przepisami rozporządzenia Rady Ministrów z 14.09. 2012 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w roku 2013”.

W dniu 11 stycznia 2013 r. (pismem z dnia 10 stycznia 2013 r.) konsorcjum Ever Grupa złożyło wyjaśnienia wraz z załącznikami (str. 1-9), jednocześnie wskazując iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) i uzasadniając szczegółowo podstawy ich utajnienia.

Wyjaśnienia złożyło także konsorcjum DGP, wnosząc przy tym o ich utajnienie „z uwagi na to, że wyjaśnienie zawiera dane wrażliwe w postaci wyliczeń finansowych będących rozliczeniem wewnątrz firmy (...)”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Jedną z naczelnych zasad postępowania jest wyrażona w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wyjątkiem od tej zasady są ustawowo określone przypadki pozwalające na ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem. Takim wyjątkiem jest treść art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczanie nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji za tajemnicę przedsiębiorstwa należy uznać taką informację, która spełnia łącznie trzy warunki, tj.: jest informacją o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym lub inną posiadającą wartość gospodarczą; nie została ujawniona do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. W świetle powyższego wyjaśnienia złożone przez konsorcjum Ever Grupa i konsorcjum DGP należy uznać za informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżone przez tych wykonawców informacje dotyczą bowiem kalkulacji ceny złożonej oferty, obejmującej zestawienie kosztów, a więc szczegółowe wyjaśnienie kosztów wynagrodzeń pracowników, przedstawienie konkretnych danych

dotyczących sposobu zatrudnienia określonej grupy pracowników oraz kwestii związanych z obniżeniem kosztów. Sposób kalkulacji ceny, a przede wszystkim kosztów osobowych można zaliczyć do informacji, które stanowią niezwykle cenne źródło informacji dla konkurencji, tym bardziej w sytuacji, jaka ma miejsce w niniejszym postępowaniu, gdy głównym elementem cenotwórczym jest koszt pracy pracowników. Koszt zatrudnienia osób to bowiem element determinujący treść oferty z uwagi chociażby na specyfikę tej branży. Wyjaśnienia złożone przez wykonawców mogą być więc uznane za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż pokazują właśnie sposób kalkulacji ceny oferty. Zamawiający, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie narzucił wykonawcom w SIWZ wymogu zatrudnienia osób uczestniczących w realizacji zamówienia na podstawie umów o pracę. Dopuszczając tym samym każdą formę zatrudnienia, w tym także formę umowy cywilno-prawnej. Zamawiający w żaden sposób nie ograniczył także sposobu doboru personelu, pozostawiając wykonawcom dowolność nie tylko co do formy zatrudnienia osób, ale i ilości osób z orzeczoną stopniem niepełnosprawności. Istotnie, jak słusznie podniósł odwołujący, znana jest wysokość płacy minimalnej w przypadku zatrudnienia pracownika na podstawie umowy o pracę, jak również możliwym jest ustalenie wysokości pomocy publicznej uzyskiwanej przez danego przedsiębiorcę. Tego typu informacje są bowiem rzeczywiście powszechnie dostępne. Natomiast nie jest możliwym ustalenie liczby pracowników zatrudnianych przez wykonawcę w ramach poszczególnych form zatrudnienia, jak i liczby zatrudnionych osób niepełnosprawnych przewidzianych do realizacji konkretnego zamówienia. Dane te – wbrew temu co twierdzi odwołujący - nie są powszechnie dostępne konkurującym wykonawcom i nie są możliwe do ustalenia. Stanowią bowiem *know-how* wykonawcy. Informacji takich wykonawcy nie byli zobowiązani podać wraz z ofertą, a zostały one uzyskane przez zamawiającego dopiero w drodze wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Tymczasem „(...) zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu (...)” (wyrok SO w Katowicach z dnia 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07). Informacje te powstają bowiem na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne. Tak więc informacje zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy mają wartość gospodarczą. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii (kosztorysy i struktura zatrudnienia) spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowią jego *know-how*, jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Natomiast przedłożone przez odwołującego zestawienia kosztów pracy pracownika oparte wyłącznie na założeniu zatrudnienia wszystkich pracowników na

podstawie umowy o pracę (w sytuacji gdy takiego wymogu rzeczywiście nie było), a tym samym z uwzględnieniem minimalnego wynagrodzenia wynikającego ze stosownych przepisów prawa nie mogą i tym bardziej – w świetle powyższych uwag - nie przesądzać o prawidłowości bądź nieprawidłowości sporządzonej przez wykonawcę kalkulacji cenowej. A ponadto wykonawca wykazał, iż podjął stosowne działania celem zachowania poufności. Jak bowiem wynika z treści jego wyjaśnień nie tylko, że dokonał stosownego ich zastrzeżenia ale informacje te są znane jedynie ściśle ograniczonej grupie osób, zobowiązanej do dyskrecji i do zachowania poufności. Przedmiotowe wyjaśnienia przygotowywali bowiem członkowie zarządu jednego z konsorcjantów i tylko im znane są te informacje. A ponadto obowiązek ten (zachowania określonych informacji w tajemnicy) wynika z treści umów zawieranych przez niego z współkonsorcjantami i kontrahentami. Powyższe stanowi więc o spełnieniu wymogu z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji., który nakazuje wykonawcy (przedsiębiorcy) podjęcie niezbędnych działań, mających na celu zachowanie poufności informacji. Tym samym Izba stwierdziła, iż na skutek wypełnienia przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, brak jest podstaw do odtajnienia wyjaśnień konsorcjum Ever Grupa i konsorcjum DGP.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania, a także dokumenty złożone na rozprawie, uznając je za stanowisko je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 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:

