

Sygn. akt: KIO 818/11

WYROK

z dnia 29 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**

Protokolant: **Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 kwietnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 kwietnia 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum firm: Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Sp. k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Powiatowy, ul. Nowogardzka 2, 72-100 Goleniów,**

przy udziale wykonawcy **Spółdzielni Inwalidów Naprzód w Krakowie Oddział w Łodzi, ul. Traktorowa 141/143, 91-203 Łódź,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 818/11 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum firm: Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Sp. k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum firm: Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Sp. k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Szczecinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołujący: konsorcjum firm: Impel Cleaning sp. z o.o., Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. spółka komandytowa z siedzibą dla lidera konsorcjum we Wrocławiu uczestniczący w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Szpital Powiatowy w Goleniowie na Kompleksowe utrzymanie czystości i prawidłowego stanu sanitarnego we wszystkich komórkach organizacyjnych SPSP w Goleniowie zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 -3 ustawy Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „ustawą”) oraz art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przy ocenie oferty Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie (dalej jako przystępujący) oraz zaniechanie udostępnienia odwołującemu części oferty tego wykonawcy, zawierającej informacje bezprawnie utajnione.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu odtajnienia oferty wykonawcy przystępującego.

Uzasadniając zarzuty i wnioski odwołujący stwierdził, że zaniechanie odtajnienia informacji zawartych w ofercie konkurencyjnego wykonawcy uniemożliwia mu ocenę, czy wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz, czy treść oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wskazał, że 8 kwietnia 2011 r. podczas otwarcia ofert powziął wiadomość o zastrzeżeniu w ofercie przystępującego informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Dnia 18 kwietnia otrzymał od zamawiającego pismo z dnia 14 kwietnia 2011 r. o odmowie udostępnienia oferty w części zastrzeżonej. Odwołujący kwestionując takie stanowisko wskazuje na znaczenie ustawowej zasady jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (art. 8 ustawy) i dopuszczalność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zdefiniowanej w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jako 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. Ocena, czy zostały spełnione wskazane warunki dla uznania określonej informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa, podobnie jak inne czynności postępowania, jest obowiązkiem zamawiającego, a zaniechanie odtajnienia części oferty uniemożliwia odwołującemu ocenę, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i złożył ofertę odpowiadającą treści siwz.

W toku rozprawy odwołujący wskazał, że informacje zastrzeżone znajdują się na str. 40-94 oferty przystępującego, a ze spisu treści tej oferty wnosi, że chodzi tu o informacje wskazane

w pozycji 22, tj. Zasady kontroli jakości i sposób dokumentowania kontroli oraz systemu codziennego sprawdzania wykonania usługi plus karty kontroli oraz pozycji 23, tj. Ilość pracowników konieczna do realizacji zamówienia oraz sposób realizacji zamówienia. Zdaniem odwołującego informacje zawierające zasady kontroli nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i były przez wykonawcę wcześniej udostępniane w innych postępowaniach. Na dowód złożył kopie czterech ofert Spółdzielni Naprzód złożonych zamawiającym, którymi byli Wojewódzki Specjalistyczny Szpital im. Fryderyka Chopina, Dziecięcy Szpital Kliniczny w Lublinie, Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach, SZOZ nad Matką i Dzieckiem. Stwierdził ponadto, że sposób realizacji zamówienia oraz ilość pracowników konieczna do jego realizacji wynika wprost ze szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia zawartego w załączniku nr 1 do SIWZ, stąd nieuzasadnione jest twierdzenie, iż takie informacje mają jakąkolwiek wartość gospodarczą, a w konsekwencji stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Podtrzymał stanowisko zawarte w piśmie odmawiającym udostępnienia informacji z dnia 14 kwietnia 2011 r. Stwierdza, że zastrzeżone informacje odnoszą się do konkretnych sytuacji w niniejszym postępowaniu i są to informacje niepowtarzalne, a złożone przez odwołującego jako dowody kopie ofert zawierają informacje o odmiennej treści, mimo że ich tytuły są takie same jak w dokumentach zastrzeżonych w niniejszym postępowaniu.

Przystępujący w piśmie z dnia 21.04.2011 r. wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając, że złożył ofertę ważną, niepodlegającą odrzuceniu, a odtajnienie części jego oferty spowodowałoby ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Krajowa Izba Odwoławcza, w oparciu o dokumentację akt sprawy, dokumentację postępowania oraz wyjaśnienia stron postępowania odwoławczego, złożone na rozprawie, a także uwzględniając przedłożone dowody z dokumentów, ustaliła i zważyła, co następuje:

Przepis art. 8 Pzp wyraża generalną zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ulega wątpliwości, iż to zamawiający odpowiada za sposób przeprowadzenia postępowania zgodnie z zasadami Prawa zamówień publicznych, w tym zgodnie z zasadą jawności postępowania. W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zamawiającym ciąży obowiązek i odpowiedzialność za zachowanie tej zasady. Przepis art. 8 ust. 2 Pzp zawiera uprawnienie zamawiającego do ograniczenia jawności informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, jednak z uprawnienia tego zamawiający może skorzystać tylko w przypadkach określonych w ustawie. W ust. 3 powyższego przepisu ustawodawca zakazuje zamawiającemu

udostępnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca zastrzeże, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, że informacje te nie mogą być udostępnione.

W ocenie Izby, z treści przepisu art. 8 Pzp, w szczególności z treści nakazu wyrażonego przez ustawodawcę „nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu [...]”. wynika obowiązek badania przez zamawiającego czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa rzeczywiście tę tajemnicę stanowią w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.). Zamawiający jest zobowiązany do samodzielnej oceny czy zachodzą przypadki określone w ustawie uprawniające do ograniczenia jawności. Izba w pełni podziela stanowisko Sądu Najwyższego, wyrażone w uchwale z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05), iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Zgodnie z treścią art. 11 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki (tak w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3.10.2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz.59): informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem.

Biorąc pod uwagę orzecznictwo sądów oraz zacytowaną wyżej definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba uznała, że informacje zawarte na str. 40-94 oferty przystępującego, tj. Zasady kontroli jakości i sposób dokumentowania kontroli oraz systemu codziennego sprawdzania wykonania usługi oraz informacje dotyczące ilości pracowników oraz sposobu realizacji zamówienia ze wskazaniem ilości pracowników koniecznej do realizacji zamówienia zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie przystępującego tak co do terminu złożenia zastrzeżenia, jak i zakresu merytorycznego. W ocenie Izby informacje te mają charakter technologiczny, dotyczą sposobów świadczenia usług oraz metod działania, opracowanych na podstawie doświadczeń, wynikających z prowadzonej działalności gospodarczej przedsiębiorstwa i zostały one opracowane w odniesieniu do konkretnej, indywidualnej sytuacji dotyczącej konkretnego zamawiającego. Ocena powyższa wynika z analizy porównawczej przedmiotowych informacji z dokumentami przedłożonymi przez odwołującego jako dowody w sprawie, stanowiącymi części jawnych ofert przystępującego w innych postępowaniach. Należy stwierdzić, że różnice w ich treści są na tyle istotne, że niezasadne jest twierdzenie, że wykonawca zastrzegł takie same informacje, jakie uprzednio nie zostały opatrzone klauzulą tajności. W tym stanie rzeczy KIO nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego, w toku postępowania o udzielenie zamówienia, przepisu art. 7 ust 1, art. 8 ust 1- 3 i art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wobec nie potwierdzenia się zarzutów podniesionych przez odwołującego oraz wobec nie stwierdzenia przez Izbę naruszenia przez zamawiającego, wskazanych w odwołaniu przepisów prawa, biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Prawo zamówień publicznych.

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

.....