

Sygn. akt: KIO/UZP 595/08

WYROK
z dnia 30 czerwca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak
Członkowie: Luiza Łamejko
Anna Packo
Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu 30.06.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Serwis Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Publiczny Specjalistyczny Zakład Opieki Zdrowotnej, 88-100 Inowrocław, ul. Poznańska 97** protestu z dnia 4 czerwca 2008 r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego..... po stronie odwołującego się oraz **Spółdzielnia Inwalidów „NAPRZÓD”, 31-215 Kraków, ul. Żabiniec 46** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża **Publiczny Specjalistyczny Zakład Opieki Zdrowotnej, 88-100 Inowrocław, ul. Poznańska 97**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Serwis Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Publiczny Specjalistyczny Zakład Opieki Zdrowotnej, 88-100 Inowrocław, ul. Poznańska 97** na rzecz **Konsorcjum: Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Serwis Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa prawnego.
- 3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 0 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Serwis Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118**

U z a s a d n i e

Zamawiający Publiczny Specjalistyczny Zakład Opieki Zdrowotnej prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi kompleksowego utrzymania porządku i czystości oraz transportu wewnętrznego w pomieszczeniach Szpitala Powiatowego w Inowrocławiu. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane dnia 12 lutego 2008 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2008/S 29-039015.

Dnia 30 maja 2008 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego się o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Spółdzielnię Inwalidów „NAPRZÓD”, zwaną dalej Przystępującym. Czynność powyższa stała się podstawą do wniesienia, dnia 4 czerwca 2008 r., protestu. Odwołujący się zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej ustawą Pzp: art. 7 ust. 1 i 3, art. 41 pkt 7, art. 89 ust. 1 pkt 1, art. 26 ust. 1, art. 146 ust. 5 i 6 w związku z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605), dalej Rozporządzenie.

Odwołujący się podnosi, iż oferta najkorzystniejsza powinna być odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż Przystępujący zastrzegł wadliwie jako tajemnicę przedsiębiorstwa, wymagane przez Zamawiającego dokumenty: plan higieny szpitala zawierający harmonogram pracy opisujący organizację pracy w poszczególnych strefach i jednostkach organizacyjnych szpitala oraz wykaz środków dezynfekcyjnych, które Wykonawca zamierza stosować przy realizacji zamówienia.

Przez *tajemnicę przedsiębiorstwa* rozumie się w doktrynie prawa 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 – art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Orzecznictwo Sądu Najwyższego dotyczące zakresu stosowania przedmiotowego przepisu wskazuje, iż nie mogą być uznane za tajemnicę informacje, które można uzyskać w dozwolony prawem sposób, np. z publicznie dostępnych rejestrów.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że informacje oznaczone przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie mają charakteru wskazanego w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, ponadto przynajmniej część z nich można pozyskać legalnie, na podstawie odpowiednich przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. Nr 112, poz. 1198). Ocena, czy określona informacja zastrzeżona przez wykonawcę stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa należy do Zamawiającego.

Odwołujący się wskazuje na brak konsekwencji Przystępującego, który ujawnia dane osobowe osób przewidzianych do realizacji usługi wraz z ich doświadczeniem, wykształceniem i stażem pracy, natomiast utajnia wykaz środków i narzędzi. Dane te nie tworzą samodzielnej wartości w rozumieniu technologicznym czy prawa autorskiego, zatem utajnienie ich ma na celu uniemożliwienie konkurencji weryfikacji oferty Przystępującego. Stanowisko takie uzasadnia również okoliczność, że z powodu błędów w ofertach

Przystępującego (dotyczących stosowanych środków i narzędzi) złożonych w innych postępowaniach dochodziło do ich odrzucenia, np. postępowanie prowadzone przez ZOZ Pszczyna i Dębica oraz 106 Wojskowy Szpital w Gliwicach.

Niezbędnym elementem, aby konkretne dane mogły zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa jest to, aby przedsiębiorca w sposób stały podejmował czynności mające na celu zachowanie tych danych w tajemnicy. Tymczasem w postępowaniu Przystępującego nie sposób dopatrzeć się takiego zachowania w zakresie planów higieny oraz stosowanych środków i narzędzi, np. dane te były jawne w postępowaniu prowadzonym w bieżącym roku przez Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej Powiatowego Szpitala Specjalistycznego w Stalowej Woli.

Odwołujący się wskazuje ponadto, że w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego plan higieny i wykaz środków stanowią załączniki do umowy. Zgodnie zaś z przepisem art. 139 ust. 3 ustawy Pzp, wszystkie umowy o zamówienie publiczne są w całości jawne. Zatem zastrzeżone przez Przystępującego informacje, stałyby się jawne w razie zawarcia umowy.

Zachowanie Zamawiającego, który bezkrytycznie akceptuje każdy wniosek wykonawcy w tym zakresie narusza zasady uczciwej konkurencji i daje jednemu z nich nieuzasadnioną przewagę nad pozostałymi. Tym samym pozostali wykonawcy pozbawieni zostają przysługującego im uprawnienia do kontroli prawidłowości przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący się podnosi także, że zaświadczenie o niezaleganiu z podatkami oraz informacja dotycząca rachunku bankowego były w dniu składania ofert nieaktualne.

Niezależnie od powyższego Odwołujący się wskazuje na błędy w postępowaniu, które w jego ocenie uniemożliwiają zawarcie ważnej umowy i winny skutkować unieważnieniem postępowania.

Odwołujący się wskazuje, iż treść ogłoszenia o udzielenie przedmiotowego zamówienia oraz treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w zakresie warunków udziału oraz dokumentów potwierdzających ich spełnienie, różnią się. W pkt VI ust. 3 lit. c SIWZ Zamawiający żąda, aby wykonawcy przedłożyli „informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których Wykonawca posiada rachunek potwierdzającą, że oferent dysponuje środkami finansowymi, zdolnością kredytową lub łącznie środkami finansowymi i zdolnością kredytową w wysokości co najmniej 2.000.000 zł”. W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający takiego wymogu nie zawarł.

Należy podkreślić, iż dyspozycja przepisu art. 41 pkt 7 ustawy Pzp wymaga wprost, aby ogłoszenie zawierało określenie wszystkich warunków udziału w postępowaniu. Niezawarcie tych informacji lub zawarcie przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu odesłania do SIWZ jest błędem, który może skutkować nieważnością postępowania, jako że mogło

potencjalnych wykonawców zniechęcić do składania ofert. Stanowisko powyższe potwierdza orzecznictwo Zespołów Arbitrów (wyrok z dnia 26 lipca 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/O-2134/06).

Dodatkowo Odwołujący się podnosi, że treść SIWZ oraz ogłoszenia musi być tożsama w omawianym zakresie, w przeciwnym bowiem razie jest to istotne uchybienie mające wpływ na wynik postępowania, gdyż na podstawie art. 38 ust. 5 ustawy Pzp taka rozbieżność może być oceniana przez potencjalnych wykonawców jako modyfikacja treści SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu, co jest niedopuszczalne i musi skutkować unieważnieniem postępowania (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 13 marca 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-675/06).

Jednocześnie należy zaznaczyć, że zarówno w pkt V lit. c SIWZ (tiret drugi), jak i w pkt V ust. 3 lit. c SIWZ Zamawiający żąda, aby wykonawcy dysponowali środkami finansowymi, zdolnością kredytową lub łącznie środkami finansowymi i zdolnością kredytową w wysokości co najmniej 2.000.000 zł i taką wartość określił cyfrowo, natomiast w nawiasie w pkt V ust. 3 lit. c SIWZ Zamawiający podaje słownie kwotę jeden milion złotych. Jest to niekonsekwencja znacznie utrudniająca wykonawcom prawidłowe przygotowanie ofert spełniających wymogi Zamawiającego.

Odwołujący się wskazuje także, że w pkt VI ust. 3 lit. a SIWZ Zamawiający wymaga, aby wykonawcy złożyli oświadczenie, z którego wynika zobowiązanie do przedstawienia polisy ubezpieczeniowej OC na kwotę min. 2.000.000 zł najpóźniej do dnia podpisania umowy. Stanowi to naruszenie przepisu art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 3 pkt 3 Rozporządzenia, bowiem Zamawiający ma obowiązek żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności. Zaś zobowiązanie do przedstawienia polisy nie jest dokumentem w rozumieniu § 1 ust. 3 pkt 3 Rozporządzenia, co powinno skutkować unieważnieniem postępowania.

W pkt VI ust. 3 lit. b SIWZ Zamawiający wymagał złożenia sprawozdania finansowego albo jego części, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również opinii biegłego rewidenta. Odwołujący się podkreśla, że w przedmiotowym postępowaniu nie określono warunku udziału, na potwierdzenie którego wymagane jest złożenie sprawozdania finansowego. Ponadto nie można żądać całego sprawozdania albo tylko jego części jednocześnie.

Charakter wymienionych naruszeń prawa powoduje, że może zachodzić przesłanka do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Wskazując na przedmiotowe zarzuty Odwołujący się wnosi o: uchylene czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odtajnienie jej we wnioskowanym zakresie, odrzucenie oferty najkorzystniejszej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, dokonanie ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych, ewentualnie unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Dnia 9 czerwca 2008 r. Przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. W kwestii zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do Planu higieny, organizacji pracy oraz wykazu środków dezynfekcyjnych Przystępujący wyjaśnia, że plany zostały opracowane ściśle o struktury organizacyjne Przystępującego i stanowią komercyjną stronę wykonawcy. Konceptcje Przystępującego dotyczące harmonogramu i sposobu zagospodarowania pracowników są ewidentnie opracowane indywidualnie dla poszczególnych grup pracowniczych, przy zastosowaniu odpowiednich środków chemicznych, które będą stosowane przy wykonywaniu usługi. Plan higieny również odzwierciedla powyższe elementy i odnosi się do informacji posiadających wartość gospodarczą.

Powoływanie się przez Odwołującego się na inne przetargi dowodzi o braku argumentacji. Na marginesie należy dodać, że w powoływanych postępowaniach Przystępujący korzystał ze środków ochrony prawnej z pozytywnym skutkiem, zaś ZOZ Dębica wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Przystępującego.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieaktualnych zaświadczeń, Przystępujący wyjaśnia, iż popełnił błąd, jednakże nie skutkuje to odrzuceniem oferty. Zamawiający winien wezwać Przystępującego w oparciu o przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów.

Natomiast zarzuty dotyczące treści ogłoszenia i postanowień SIWZ, zgodnie z przepisem art. 180 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp, należy uznać za zgłoszone po terminie. Dodatkowo podnosi, że Odwołujący się składając ofertę, zaakceptował stan prawny i faktyczny wynikający z SIWZ, nie budzący wtedy jego wątpliwości. Żaden wykonawca nie żądał wyjaśnień dotyczących treści ogłoszenia czy SIWZ, żaden też nie protestował na postanowienia tam zawarte.

Przystępujący podnosi, iż Zamawiający zażądał dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. W tym zakresie Odwołujący się również nie żądał wyjaśnień, ani nie korzystał ze środków ochrony prawnej.

Dnia 13 czerwca 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest, w ten sposób, że został uwzględniony w części dotyczącej uchylene czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i jej

odtajnienia (w części) oraz dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, a w pozostałej części oddalony.

Zdaniem Zamawiającego nie można rozstrzygnąć, czy zachodzą przesłanki odrzucenia oferty Przystępującego, albowiem istnieje możliwość uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający uwzględnił wniosek odtajnienia oferty Przystępującego w części dotyczącej wykazu środków dezynfekcyjnych zawartych w planie higieny, gdyż informacje te można uzyskać w zwykłej, dozwolonej formie. Natomiast pozostałe informacje, na które składa się harmonogram pracy, organizacja pracy w poszczególnych strefach i jednostkach organizacyjnych szpitala, zdaniem Zamawiającego, należy uznać za poufne na mocy art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bowiem mogą przedstawiać samodzielną wartość gospodarczą w relacjach z konkurencją i z tego względu zachodzi potrzeba ochrony ich przed ujawnieniem i wykorzystaniem.

Częściowe uwzględnienie protestu powoduje, w ocenie Zamawiającego, że nie ma podstaw do rozpoznania wniosku alternatywnego w przedmiocie unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Nieścistość treści ogłoszenia i SIWZ w zakresie spełniania warunków udziału w niniejszym postępowaniu nie miała wpływu na zainteresowanie postępowaniem. Wszyscy wykonawcy spełnili warunek dotyczący zdolności kredytowej, natomiast brak jego zamieszczenia w ogłoszeniu, nie ograniczał w żaden sposób dostępu i udziału w przedmiotowym postępowaniu, jak również nie utrudniał podjęcia decyzji w kwestii spełniania warunków udziału. W przedmiocie ogłoszenia i treści SIWZ nie wpłynęły żadne protesty.

W zakresie zarzutu dotyczącego polisy, Zamawiający wyjaśnia, iż wszyscy wykonawcy załączyli do ofert uwierzytelnione kserokopie polis. Zamawiający wymagał przedłożenia polisy na zakres prac objętych przedmiotem umowy – najpóźniej do dnia podpisania umowy. Słuszność takiego zapisu potwierdza orzeczenie Zespołu Arbitrów (sygn. akt UZP/ZO/0-880/07).

Odwołujący się nie zgodził się z rozstrzygnięciem Zamawiającego i dnia 18 czerwca 2008 r. wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty zgłoszone w proteście i wniósł o: nakazanie Zamawiającemu odtajnienie i odrzucenie oferty Przystępującego (na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp), ewentualnie unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący się wskazuje na brak konsekwencji Zamawiającego w uznawaniu informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa w przedmiotowym postępowaniu. Podnosi, iż rozstrzygnięcie dokonane przez Zamawiającego w tym zakresie opiera się wyłącznie na subiektywnych odczuciach Zamawiającego, co stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający w swoim

rozstrzygnięciu pominął badanie, czy informacje, które uznał za tajemnicę przedsiębiorstwa mają wartość gospodarczą (wszak po ewentualnym podpisaniu umowy cała oferta jako załącznik do umowy, zgodnie z art. 139 ust. 3 ustawy Pzp, stanie się w całości jawna) oraz czy Przystępujący podejmuje niezbędne działania w celu zachowania ich poufności (Zamawiający pominął w swoim rozstrzygnięciu okoliczność, iż w innych postępowaniach Przystępujący nie utajniał oferty, a praktykę tę zaczął wprowadzać po serii błędów, które stwierdzono w jego ofertach i na skutek których nie uzyskał zamówień).

W zakresie zarzutów dotyczących treści ogłoszenia i SIWZ, Odwołujący się podnosi, iż Zamawiający konstruuje swoją argumentację jedynie w oparciu o działania wykonawców, którzy złożyli oferty, a pomija ewentualnych wykonawców. Ponadto zwraca uwagę, iż ustawa Pzp wprowadza bezwzględnie obowiązujące regulacje dotyczące treści ogłoszenia i nie dopuszcza żadnych odstępstw, czy możliwości późniejszego sanowania błędów.

Dnia 26 czerwca 2008 r. Przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania w części dotyczącej żądania odtajnienia oferty Przystępującego, w pozostałym zakresie odrzucenie odwołania.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się m.in. informacje dotyczące obszaru organizacyjnego wykonawcy, a szczególnie w przypadku, kiedy wykonawca realizował będzie zamówienie w oparciu o zaprojektowany przez siebie i dostosowany do indywidualnych potrzeb Zamawiającego harmonogram pracy oraz organizację pracy, podejmując jednocześnie niezbędne działania do zachowania poufności tych informacji. Podnoszenie przez Odwołującego się zarzutów, iż Przystępujący w innych postępowaniach nie dokonał takich czynności, nie ogranicza jego uprawnień wynikających z przepisu art. 8 ustawy Pzp, w przedmiotowym postępowaniu, w szczególności, kiedy uznał, iż zaplanowany harmonogram i organizacja pracy nie jest szablonowa i opracowana została specjalnie, w oparciu o własne doświadczenie i wiadomości, na potrzeby Zamawiającego.

Ponadto Odwołujący się błędnie interpretuje art. 139 ust. 3 ustawy Pzp wskazując, iż po podpisaniu umowy, cała oferta jako załącznik, stanie się jawna. Tymczasem wskazany przepis odwołuje się do zasad określonych w ustawie o dostępie do informacji publicznych, gdzie w art. 5 ust. 2 ustanowiono, iż prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu ze względu na m.in. tajemnicę przedsiębiorcy, a ograniczenie to nie obowiązuje, gdy przedsiębiorca zrezygnuje z przysługującego mu prawa.

Przystępujący zwraca uwagę, że zarówno ogłoszenie, jaki i SIWZ zostały zamieszczone w tym samym czasie.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Zasada jawności w systemie zamówień publicznych jest jedną z najważniejszych zasad, które należy uwzględnić w trakcie przygotowywania oraz przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W procesie udzielania zamówienia zasada jawności przejawia się dwojako: przez upublicznienie chęci udzielenia określonego rodzaju zamówienia oraz w jawności całej dokumentacji w tymże postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zasadę jawności postępowania wyraża art. 8 ustawy Pzp. Postępowanie o zamówienie publiczne jest jawne, dlatego każde naruszenie zasady jawności przyczynia się do wadliwości postępowania i w efekcie może prowadzić do jego unieważnienia.

Ustawa Pzp, wprowadzając generalną zasadę jawności, również w stosunku do złożonych ofert, czyni jednak zastrzeżenie, iż zamawiający nie może ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca składając ofertę, zastrzeże w odniesieniu do tych informacji, że mogą być one ogólnie udostępnione (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp).

Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem 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.

Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
- nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (sygn. akt I CKN 304/00, OSNC 2001, Nr 4, poz. 59). Wskazane przesłanki należy wziąć pod uwagę dokonując oceny informacji zawartych w ofercie Przystępującego i zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, bowiem ich spełnienie warunkuje efektywną ochronę prawną tajemnicy przedsiębiorstwa.

Analiza części II oferty Przystępującego, jak również oświadczenia złożone na rozprawie i zawarte w przystąpieniach nie uzasadniają twierdzenia, że informacje zastrzeżone stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Trudno zgodzić się ze stanowiskiem, że przedmiotowe

informacje posiadają wartość gospodarczą. Przystępujący nie wykazał, na czym polega ta wartość. Tymczasem zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej poufność informacji w omawianym aspekcie powinna mieć znaczenie dla majątkowych interesów przedsiębiorcy, biorąc pod uwagę zwrot jakim posługuje się ustawodawca „wartość gospodarcza”. W szczególności *Plan higieny*, który został sporządzony na podstawie przykładowego Planu higieny, stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ, tym różni się od przykładowego, że do poszczególnych powierzchni przyporządkowano środki myjące i środki dezynfekcyjne. *Harmonogram pracy personelu w poszczególnych komórkach organizacyjnych szpitala* został skorelowany z informacjami i wymaganiami Zamawiającego w tym zakresie, a zawartymi w załącznikach do SIWZ: nr 8 *Wykaz ośrodków operacyjnych, ilości zabiegów, zasady organizacji pracy w komórkach organizacyjnych PS ZOZ* i nr 8 A *Wymagany czas pracy i ilość personelu sprzątającego komórek organizacyjnych szpitala*. Procedury nr 1-19, które szczegółowo regulują realizację czynności z zakresu utrzymania czystości zostały opracowane w oparciu o wymagania Zamawiającego, zawarte w załączniku nr 6 A do SIWZ *Podział pomieszczeń szpitala na strefy sanitarne* oraz w załączniku nr 9 do SIWZ *Środki dezynfekcyjne i higieniczne, które oferent zobowiązany jest stosować*. Podsumowując należy podkreślić, że wymienione informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa nie posiadają wartości gospodarczej, gdyż zapoznanie się z nimi przez osoby postronne nie spowoduje uzyskania przewagi przez konkurentów, bowiem informacje te nie mają charakteru unikalnego, nowatorskiego. Wręcz przeciwnie, zostały opracowane na potrzeby konkretnego postępowania, ale w oparciu o informacje przedstawione przez Zamawiającego. I to właśnie wymogi Zamawiającego w dużym zakresie determinowały przygotowanie oferty w spornym zakresie. Dodatkowo dla sporządzenia przedmiotowej oferty (w omawianym zakresie) niezbędne było wykorzystanie specjalistycznej wiedzy z zakresu prawa pracy (czas pracy) oraz bezpieczeństwa i higieny pracy (co przyznał na rozprawie Przystępujący) oraz logistyki, aczkolwiek są to informacje stanowiące pewien zasób wiedzy, ale dostępnej dla każdego i niezbędnej dla przedsiębiorcy w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej nie wykazano również, iż Przystępujący podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności spornych informacji. Działanie przedsiębiorcy musi bowiem doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Przystępujący nie podejmuje czynności, które zapewniałyby zachowanie poufności, gdyż informacje o podobnym charakterze ujawnia w innych postępowaniach, nie wykazał też, że w odniesieniu do spornych danych, zastosował szczególne środki w swoim przedsiębiorstwie, uniemożliwiające dostęp do nich swoim pracownikom, a nie tylko określonej grupie pracowników. Zastrzeżenie dochowania poufności, złożone w ofercie, stanowi jedynie próbę uniemożliwienia innym wykonawcom wglądu do dokumentów ofertowych, nie stanowi

natomiast podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności i narusza podstawową zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na zamawiającym ciąży obowiązek badania zasadności, dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji, ze względu na zakwalifikowanie ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. 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. W badanym stanie faktycznym, Zamawiający błędnie uznał (z powodów, o których mowa wyżej), że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, czym naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Niezasadne zastrzeżenie przez wykonawcę informacji, z powołaniem się na tajemnicę przedsiębiorstwa, nie stanowi przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Powyższe stanowisko potwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 r. (III CZP 74/05, OSNC 2006, Nr 7-8, poz. 122). Zgodnie z treścią powyższej uchwały, „negatywna weryfikacja przez zamawiającego wystąpienia niezbędnej przesłanki ustawowej przesądzającej o skuteczności dokonania zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji (brak podstaw do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa) wywołuje tylko konsekwencje w postaci wyłączenia (...) zakazu ujawniania, bezzasadnie zastrzeżonych przez oferenta informacji. Wynik negatywnej weryfikacji przez zamawiającego charakteru informacji, objętych przez oferenta zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania, nie przesądza przecież o niezgodności oferty z ustawą, a dowodzi jedynie bezskuteczności dokonanego zastrzeżenia, co wyłącza obowiązek zamawiającego odrzucenia takiej oferty. W konsekwencji oferta taka będzie przedmiotem oceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tyle że zamawiający zobowiązany będzie ujawnić także i te informacje, które oferent objął swoim bezskutecznym zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania”. Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający zobowiązany jest do ujawnienia informacji zastrzeżonych (odtajnienia oferty w pełnym zakresie).

Zarzuty dotyczące treści ogłoszenia i postanowień SIWZ należy uznać za spóźnione, jednakże Izba wzięła je pod uwagę z urzędu, ze względu na treść przepisu art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, ewentualnie jako okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania. W istocie art. 41 pkt 7 ustawy Pzp wyznacza minimalny zakres informacji, które muszą znaleźć się w ogłoszeniu o zamówieniu w trybie przetargu nieograniczonego. W badanym stanie faktycznym brak w ogłoszeniu wymogu dostarczenia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których Wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej, że

oferent dysponuje środkami finansowymi, zdolnością kredytową lub łącznie środkami finansowymi i zdolnością kredytową w wysokości co najmniej 2.000.000 zł. Jednakże w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej naruszenie powyższe nie skutkuje nieważnością postępowania. Ogłoszenie służy podjęciu decyzji w przedmiocie udziału w postępowaniu. Wykonawca bowiem ocenia m.in. na podstawie sformułowanych warunków czy złożenie oferty leży w jego interesie i czy jest możliwe. Zważywszy na fakt, że SIWZ udostępnia się na stronie internetowej od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (art. 42 ustawy Pzp) powyższe naruszenie nie uniemożliwia zawarcia ważnej umowy.

Różnicę w zapisie słownym kwoty w pkt VI ust. 3 lit. c, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, należy uznać za omyłkę pisarską, która nie miała wpływu na wynik postępowania. Wszyscy wykonawcy spełnili wartość określoną słownie, zatem nie mieli wątpliwości w przedmiocie tego warunku, co więcej wartość liczbową została powtórzona zarówno w pkt V lit. c, jak i pkt VI ust. 3 lit. c.

Postanowienie pkt VI ust. 3 lit a należy uznać za prawidłowe. Zgodnie z przepisem art. 25 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Zatem zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 1 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia. Zaś zapis przedmiotowego postanowienia nie sprzeciwia się § 1 ust. 3 pkt 3 Rozporządzenia.

Wymóg złożenia sprawozdania finansowego albo jego części, jakkolwiek stanowi przytoczenie przepisu § 1 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia, należy ocenić jako wadliwy. Zamawiający ma możliwość wyboru żądania całości sprawozdania albo jego części, zauważyć należy, że wybór ustawodawca pozostawił Zamawiającemu a nie wykonawcom. Zaś w postanowieniu pkt VI ust. 3 lit. b SIWZ Zamawiający pozostawił ten wybór wykonawcom, co spowoduje ten skutek, że dostarczenie jakiegokolwiek części sprawozdania finansowego, należy ocenić jako potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Brak precyzji w tym zakresie nie wpływa na postępowanie w taki sposób, iżby uniemożliwiło zawarcie ważnej umowy. Z tych przyczyn zarzut naruszenia przepisu art. 146 ust. 5 i 6 ustawy Pzp należy uznać za chybiony.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich

rozliczenia (Dz. U. Nr 128, poz. 886), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*