

WYROK

z dnia 11 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning Sp. z o. o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław oraz Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. sp.k., w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej, ul. Niechorska 27, 72-300 Gryfice**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu odtajnić dokumenty załączone do oferty Spółdzielni Inwalidów Naprzód: plan higieny, opis organizacji prac, wykaz środków czystościowych i dezynfekcyjnych oraz wzory dokumentacji dotyczącej kontroli.

2. Kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej, ul. Niechorska 27, 72-300 Gryfice i:

2.1. 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: Impel Cleaning Sp. z o. o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław oraz Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. sp.k., tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Samodzielnego Publicznego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej, ul. Niechorska 27, 72-300 Gryfice na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning Sp. z o. o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław oraz Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. sp.k. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Szczecinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Sprzątanie i dezynfekcja powierzchni, czynności pomocnicze przy pacjencie jako usługi ochrony zdrowia wykonywane w oddziałach szpitalnych pod nadzorem personelu medycznego z częścią transportu wewnątrzzakładowego, transport wewnątrzzakładowy i utrzymanie terenów zewnętrznych w SPZZOZ w Gryficach”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 6 sierpnia 2011 r., poz. 2011/S 150-249880 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759).

W dniu 30 września 2011 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning sp. z o.o. oraz Hospital Serwis Partner sp. z o.o. spółka komandytowa (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 1 - 3 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu części oferty Wykonawcy Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, zawierającej informacje bezprawnie utajnione.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nikt nie przystąpił.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Odwołujący w dniu 26 września 2011 r. roku zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o udostępnienie treści informacji zawartych na stronach 62 - 411 oferty Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w zakresie: planu higieny, opisu organizacji pracy, wykazu środków czystościowych i dezynfekcyjnych oraz wzorów dokumentacji dotyczącej kontroli. Zamawiający w odpowiedzi na pismo Odwołującego, w dniu 28 września br. poinformował, że Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” na podstawie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zakwalifikowała część oferty (na kartach od 62 do 411 jako tajemnicę przedsiębiorstwa i wobec powyższego w oparciu o przepis art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych tego typu informacje nie podlegają ujawnieniu.

Odwołujący wskazywał, że zgodnie z art. 8 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych postępowanie o udzielenie zamówienia co do zasady jest jawne. Nie ujawnia się jedynie 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. Należy zwrócić uwagę, że przepisy te oznaczają, że jeżeli wykonawca zawiera w ofercie informacje będące tajemnicą przedsiębiorstwa, zgodnie z odrębnymi przepisami, to może nie zgodzić się na ich ujawnienie innym osobom. Tajemnica przedsiębiorstwa jest zdefiniowana w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, i są to zgodnie z tym przepisem 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. Oznacza to, że informacje, które są z definicji jawne (np. odpis z KRS lub bilans), lub które zostały już raz ujawnione, nie mogą w żadnym wypadku zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ każdy może mieć do nich dostęp. Wadą jest zatem utajenie informacji, które nie spełniają tych przesłanek. Przyjęty jest w doktrynie i w orzecznictwie pogląd, że Zamawiający nie mogą w związku z tym nadużywać instrumentów przewidzianych do innych zastosowań i zdecydowanie powinni przyjąć na siebie ciężar rzeczywistego i obiektywnego ustalenia, czy w danej sprawie wykonawca miał prawo zabronić ujawniania poszczególnych informacji. W opinii Odwołującego utajnienie oferty złożonej przez Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, odbiera Odwołującemu prawo do weryfikacji poprawności merytorycznej oferty złożonej przez ww. wykonawcę, a materiał przez niego zastrzeżony nie zasługuje na objęcie klauzulą tajności.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o odtajnienie nieprawidłowo utajnionych informacji.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, zaniechanie odtajnienia oferty nieprawidłowo utajnionej uniemożliwia chociażby Odwołującemu ocenę, czy Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, jak również czy treść oferty złożonej przez Wykonawcę odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W zakresie podnoszonych zarzutów, Izba ustaliła, co następuje:

Obaj wykonawcy utajnili w swoich ofertach: plan higieny, opis organizacji pracy, wykaz środków czystościowych i dezynfekcyjnych oraz wzory dokumentacji dotyczącej kontroli. Ponadto Odwołujący utajnił jeszcze inne dokumenty.

W toku badania i oceny ofert, weryfikując zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Zamawiający zwrócił się do obu wykonawców z pytaniem, czy „część oferty oznaczona jako tajna stanowi tajemnice przedsiębiorstwa i nie podlega ujawnieniu”.

Obaj wykonawcy odpowiedzieli na to pytanie twierdząco. Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” wyjaśniła w piśmie z dnia 27 września 2011 r. (kopia w aktach sprawy), iż „Zastrzeżona przez Spółdzielnię część oferty dotyczy sposobów świadczenia usług oraz metod działania, opracowanych na podstawie doświadczeń, wynikających z prowadzonej działalności gospodarczej przedsiębiorstwa. Są one opracowane w odniesieniu do konkretnej, indywidualnej sytuacji dotyczącej konkretnego zamawiającego oraz w odniesieniu do specyficznych warunków i wymagań. Z tego względu utajnione informacje są w pewnym stopniu za każdym razem niepowtarzalne. Istotą tych informacji jest opracowany szczegółowy sposób działania, tj. sposób i metoda zorganizowania wszystkich wymaganych czynności w połączeniu ze środkami rzeczowymi, tak, aby mógł być osiągnięty cel w postaci prawidłowego i konkurencyjnego wykonania usługi sprzątnia. W/w informacje stanowią know - how przedsiębiorstwa świadczącego usługi sprzątnia, będącej przedmiotem niniejszego postępowania. Wieloletnie doświadczenie zdobyte przez Spółdzielnię pozwala na zaoferowanie wykonywania usług na możliwie najwyższym poziomie, przy wykorzystaniu zdobytej wiedzy w przedmiocie doboru odpowiednich środków oraz metod działania do wymagań danego zamawiającego i specyfiki przedmiotu zamówienia. Wiedza w zakresie technologii i metod wykonywania usługi sprzątnia, jaką dysponuje Spółdzielnia stanowi jedną z najistotniejszych jej wartości, pozwala na zoptymalizowanie kosztów oraz maksymalizację zysków. Elementy te stanowią, zatem istotną wartość gospodarczą. Zastrzeżona część oferty nie została ujawniona do wiadomości publicznej. Dodatkowo Spółdzielnia podjęła w stosunku do utajnionych w ofercie informacji niezbędne działania w celu zachowania ich w tajemnicy. Spółdzielnia posiada wewnętrzne procedury, ażeby jej pracownicy zachowali w poufności informacje, z którymi zetknęli się podczas wykonywania obowiązków służbowych, tak by nie zostały udostępnione podmiotom wykonującym działalność konkurencyjną na rynku.

Zasadność utajnienia przez Spółdzielnię niniejszej części oferty potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo należy wskazać wyrok o sygn. KIO/UZP 818/11 czy wyrok KIO 988/11”.

Zamawiający wyjaśnienia Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” uznał za wystarczające i podtrzymał zastrzeżenie klauzuli tajności.

Na rozprawie Odwołujący złożył pismo, bez daty, skierowane do Zamawiającego, w którym poinformował, że rezygnuje z zastrzeżenia klauzuli tajności. Zamawiający oświadczył, że takiego pisma nie otrzymał.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny oraz treść dokumentów - planu higieny, opisu organizacji pracy, wykazu środków czystościowych i dezynfekcyjnych oraz wzorów dokumentacji dotyczącej kontroli (kopia oferty Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w aktach sprawy), Izba stwierdziła, że bezpodstawnie zastrzeżono przedmiotowe dokumenty jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Izby są to standardowe dokumenty, składane w tego rodzaju postępowaniach, a różnią się jedynie specyfiką wynikającą z potrzeb Zamawiającego (oczekiwania co do ilości i rodzajów powierzchni, innych wymagań). Izba uznaje wyjaśnienia Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w piśmie z dnia 27 września 2011 r. za ogólnikowe i nie dające wystarczającego uzasadnienia dla podtrzymania klauzuli tajności na dokumentach. Dodatkowo należy zauważyć, że Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” mogła przed Izbą rozwinąć argumentację dotyczącą zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa określonych dokumentów, ale z tego zrezygnowała (nie przystąpiła do postępowania odwoławczego).

Zgodnie z art. 8 ust. 1 Prawa zamówień publicznych postępowanie o udzielenie zamówienia co do zasady jest jawne. W art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych przewidziano wyjątek od tej zasady: 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. Jednak ten wyjątek nie może być interpretowany rozszerzająco – nieprawidłowe jest zastrzeżenie klauzuli tajności na dokumentach niezawierających tajemnicy przedsiębiorstwa (także, o ile nie udowodniono, że taką tajemnicę zawierają).

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 8 ust. 1 - 3 Prawa zamówień publicznych i orzeczono jak w sentencji, nakazując Zamawiającemu odtajnić następujące dokumenty załączone do oferty Spółdzielni Inwalidów Naprzód: plan higieny, opis organizacji pracy, wykaz środków czystościowych i dezynfekcyjnych oraz wzory dokumentacji dotyczącej kontroli, zgodnie z wnioskiem zawartym w odwołaniu.

Izba nie jest związana innymi orzeczeniami zapadłymi w analogicznych stanach faktycznych. Przy rozpatrywaniu zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Izba bierze wyłącznie pod uwagę stan faktyczny ustalony w toku postępowania, i stanowiska

Stron. Izba nie brała również pod uwagę pisma, które Odwołujący złożył na rozprawie (oświadczenie o odtajnieniu własnej oferty).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....