

**Sygn. akt: KIO 1697/15**

**WYROK**  
**z dnia 19 sierpnia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia 2015 r. przez wykonawcę Impel Cleaning spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Miejski Specjalistyczny im. Gabriela Narutowicza w Krakowie

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Impel Cleaning spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Impel Cleaning spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Impel Cleaning spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu na rzecz Szpital Miejski Specjalistyczny im. Gabriela Narutowicza w Krakowie kwotę 855 zł 00 gr (słownie: osiemset pięćdziesiąt pięć złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Krakowie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

I. Szpital Miejski Specjalistyczny im. Gabriela Narutowicza w Krakowie (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „usługę specjalistycznego sprzątnia i całodobowego utrzymania czystości w pomieszczeniach szpitalnych oraz segregację odpadów komunalnych i medycznych na terenie Szpitala — nr sprawy ZP/13/2015”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 11 czerwca 2015 r., poz. 2015/S 111-201576 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 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 7 sierpnia 2015 r. Impel Cleaning spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 8 ust. 1-3 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003, nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) przez dokonanie odtajnienia oferty Odwołującego tj.: Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław.

Odwołujący tak sformułowane zarzuty uzasadniał następująco:

Pismem z dnia 29 lipca 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zastrzeżenia na str. 4 złożonej przez niego oferty, dając mu czas na wyjaśnienia do dnia 2015-07-31 do godz. 12:00. Zastrzeżenie dotyczyło objęcia ochroną przewidzianą w prawie autorskim, grafik zamieszczonych w ofercie. Zamawiający prosił również o potwierdzenie, że zastrzeżenie treści oferty nie dotyczy czynności wykonywanych w związku z niniejszym postępowaniem przetargowym, w tym możliwości udostępnienia innym Wykonawcom, organom orzekającym w sprawach zamówień publicznych oraz organom kontrolującym Zamawiającego, bądź zwielokrotniania, utrwalania każdą metodą egzemplarza oferty przy użyciu środków np. fotograficznych, itp. Pismem

z tego samego dnia - 29 lipca 2015 r., doręczonym Odwołującemu w dniu 30 lipca 2015 r., Zamawiający poinformował Odwołującego, że wyniku badania prawidłowości zastrzeżeń, dokonanych w oparciu o art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w stosunku do oferty Impel Cleaning Sp. z o.o. na podstawie art. 8 ust. 1 Prawa zamówień publicznych o podjął decyzję o odtajnieniu i udostępnieniu w całości oferty złożonej w postępowaniu.

Odwołujący w dniu 30 lipca 2015 r. odpowiedział na wezwanie Zamawiającego z dnia 29 lipca 2015 r., w którym wyjaśnił, że zastrzeżenie w ofercie Odwołującego nie dotyczy czynności wykonywanych przez Zamawiającego w związku z niniejszym postępowaniem przetargowym, w szczególności udostępniania oferty osobom będącym członkami komisji przetargowej bądź osobom, którym komisja zleci czynności w związku z badaniem ofert.

Następnie w dniu 4 sierpnia 2015 r. Odwołujący skierował do Zamawiającego pismo z uzupełnieniem informacji w zakresie niejawnej części oferty Odwołującego. W piśmie tym wskazał, że tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią informacje zawarte na stronach 551-846 czyli procedury i instrukcje. W pozostałym zakresie Odwołujący zgodził się na odtajnienie treści oferty. Zamawiający w odpowiedzi na pismo Odwołującego w dniu 6 sierpnia 2015 r. podtrzymał decyzję o odtajnieniu zastrzeżonej oferty.

W ocenie Odwołującego czynność odtajnienia jego oferty przez Zamawiającego jest bezpodstawną i dokonana została z naruszeniem prawa, gdyż oferta Odwołującego w zakresie w jakim zostało przez niego dokonane zastrzeżenie powinna być utajniona jako tajemnica przedsiębiorstwa, a informacje w niej zawarte mają charakter poufny.

Powyżej opisane działanie Zamawiającego – zdaniem Odwołującego - wypełnia przesłanki naruszenia przepisu art. 8 ustawy prawo zamówień publicznych w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r., o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez ujawnił tajemnicę przedsiębiorstwa – Odwołującego. W konsekwencji Zamawiający dokonał naruszenia art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Odwołujący podkreśla, że działanie Zamawiającego polegające na odtajnieniu i udostępnieniu zastrzeżonych przez Impel Cleaning Sp. z o.o. treści oferty, nawet gdyby nastąpiło po upływie terminu wyznaczonego przez Zamawiającego na udzielenie wyjaśnień przez Wykonawcę, czyli po dacie 31 lipca 2015 r. po godzinie 12. 00, również stanowiłoby naruszenie powołanych przepisów. Dane zawarte na stronach 551-846 oferty złożonej przez Odwołującego zawierają szczególne informacje, które bezspornie mają samodzielną i obiektywną wartość gospodarczą wymagającą szczególnej ochrony. Oświadczał ponadto, że w stosunku do tych zastrzeżonych informacji podjęliśmy wszystkie niezbędne czynności w celu zachowania ich poufności.

Zgodnie z powyżej przedstawionym stanem faktycznym Odwołujący stwierdzał, że Zamawiający, nie czekając na uzyskanie wyjaśnień, do których wezwał Odwołującego, podjął decyzję o odtajnieniu i udostępnieniu w całości jego oferty. Odwołujący zaznacza, że brak działań Zamawiającego zmierzających do wyjaśnienia podstaw i prawidłowości dokonanego zastrzeżenia przez Odwołującego wyrażony poprzez dokonanie odtajnienia ofert w tym samym dniu w którym wysłał do Odwołującego wezwanie do wyjaśnień, zatem pozbawiając Odwołującego możliwości udzielenia wyjaśnień, stanowi naruszenie podstawowych i fundamentalnych zasad ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazywał, że procedury i instrukcje załączone na stronach 551-846 złożonej oferty są wypracowane na gruncie wieloletniego doświadczenia, które świadczą o jego pozycji rynkowej oraz są niezbędne do prowadzenia przedsiębiorstwa, a w szczególności do konkurencji na rynku.

W ocenie Odwołującego, informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa opracowane przez Odwołującego procedury i instrukcje zostały odtajnione z naruszeniem przepisów prawa. Zaznaczyć jednocześnie należy, że informacje zawarte w tych dokumentach nie są znane ogółowi zainteresowanych osób oraz nie mogą zostać uzyskane przez podmiot zainteresowany w zwykłej, dozwolonej prawem drodze, a w szczególności osobom i podmiotom, które ze względu na wykonywaną działalność gospodarczą są zainteresowane ich posiadaniem.

Odwołujący podawał również, że w poprzednio prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr ZP/40/2012 na „usługę specjalistycznego sprzątnia i całodobowego utrzymania czystości w pomieszczeniach szpitalnych oraz segregację odpadów komunalnych i medycznych na terenie Szpitala” umieścił w części jawnej swojej oferty dokumenty o nazwie instrukcje i procedury jednak porównywanie dwóch różnych postępowań nie jest miarodajne z kilku powodów. Po pierwsze od czasu, w którym toczyło się postępowanie - 2012 r. dokumenty te zostały zmodyfikowane, pod drugie zmieniła się sytuacja na rynku, w konsekwencji zaszła konieczność po stronie Odwołującego zabezpieczenie swoich interesów przed możliwością korzystania z jego doświadczeń i wypracowanych technik zawartych w procedurach i instrukcjach. Zawarte w procedurach i instrukcjach mają bezpośrednie przełożenie na efektywność pracy w wyniku świadczenia usług co przekłada się na korzyści ekonomiczne stąd płynące po stronie Odwołującego.

Następnie na rozprawie, Odwołujący wyjaśniał, że skarży dwie czynności zamawiającego, tzn. decyzję o odtajnieniu części jego oferty, jak i wykonanie tej czynności przed upływem terminu na złożenie wyjaśnień, przy czym decyzja z dnia 30 lipca 2015 r. nie była w żaden sposób uzasadniona. Zamawiający uzasadnił ją dopiero później. Zauważa, że

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie skupia się na dokumencie z 2012 roku, który załączono do oferty, jako część jawną, wykazując ewentualne drobne podobieństwa pomiędzy dokumentami. Łatwo zauważyć, że dokumenty nie są identyczne, ponieważ choćby obraz graficzny zmienił się. Wyjaśnia, że w celu dostosowania starej formuły do wyników analiz prowadzonych na oddziałach w całej Polsce zewnętrzna firma przygotowała odpowiedni szablon, w związku z czym poniósł określone koszty. Na dowód powyższego składa umowę z dnia 10 września 2014 r. i umowę licencyjną z dnia 22 czerwca 2015 r. W wyniku zawartej umowy powstał nowy formalnie i merytorycznie dokument, tj. nowy szablon procedur, nowa piktografia i nowa treść po raz pierwszy użyta u zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Równocześnie odwołujący podjął kroki do zachowania tajemnicy owego szablonu i zgodnie z zawartymi umowami tylko odwołujący i spółki z nim powiązane mogą go używać bez udzielania sublicencji innym podmiotom. Podkreśla, że z ujawnienia kiedyś dokumentu o tej samej nazwie nie można wnosić, że obecnie dokument tak samo nazwany nie może być utajniony, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W konsekwencji Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu cofnięcie decyzji o odtajnieniu części ofert Odwołującego i nakazanie Zamawiającemu utrzymanie w tajemnicy zastrzeżonej przez Odwołującego części treści złożonej przez niego oferty na stronach 551-846.

Legitymację do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, Odwołujący opisywał następująco: „Odwołujący ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, w której zastrzegł na stronach 551 -846 część informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Odtajnienie tej części oferty, jaką Odwołujący zastrzegł, narusza jego interesy i naraża go na szkodę.”

Dodatkowo, na rozprawie, podał, iż „ Decyzja ta [o odtajnieniu oferty Odwołującego] - w ocenie odwołującego - może mieć wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej przez umożliwienie poznania przez konkurencję treści oferty odwołującego, co może skutkować tym, że wybór będzie inny.”

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i w odpowiedzi na odwołanie, a następnie na rozprawie wnosil o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

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

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu nie przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem nie

można stwierdzić takiego ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych, w związku z którym uszczerbku doznałby interes Odwołującego w uzyskaniu danego zamówienia i mógłby on ponieść szkodę. W ocenie Izby przesłankę prowadzącą do ustalenia legitymacji do wniesienia odwołania należy interpretować wąsko: odwołanie służy ochronie interesów wykonawcy, który, na skutek niezgodnego z prawem działania bądź zaniechania Zamawiającego, mógłby nie uzyskać zamówienia, podczas gdy w przypadku prawidłowych czynności Zamawiającego – zamówienie by uzyskał. Zdaniem składu orzekającego, odtajnienie przez Zamawiającego oferty Odwołującego, nawet z naruszeniem przepisów chroniących tajemnicę przedsiębiorstwa, może hipotetycznie prowadzić do powstania szkody po stronie wykonawcy – ale szkoda ta, związana z ujawnieniem szerszemu kręgowi podmiotów, niż ten, któremu były przeznaczone, informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, nie hamuje uzyskania zamówienia w tym postępowaniu. Wykonawca może dochodzić naruszenia jego dóbr na drodze cywilnej. Jednak w ocenie Izby nie zasługuje na ochronę na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych objęcie tajemnicą informacji w ofercie składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wówczas, gdy jedynym celem (interesem), prowadzącym do uzyskania zamówienia, jest dla Odwołującego uniemożliwienie innym wykonawcom, którzy złożyli oferty konkurencyjne, zapoznanie się z jego ofertą.

Po drugie, niezależnie od powyższego, Izba nie dopatrzyła się w postępowaniu Zamawiającego naruszeń zgłaszanych w odwołaniu.

Nie mogło dojść do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem Zamawiający wszystkich wykonawców potraktował jednakowo: w piśmie z dnia 29 lipca 2015 r. odtajnił w całości wszystkie trzy oferty złożone w postępowaniu (nikt nie przystąpił do postępowania odwoławczego). Nie mogło również dojść do naruszenia art. 8 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych, bowiem przepisy te stanowią, że postępowanie co do zasady jest jawne, a więc ujawnienie ofert nie narusza tych przepisów. Nie doszło także do naruszenia art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych: Odwołujący podnosił, że Zamawiający podjął decyzję o odtajnieniu oferty przed upływem terminu do wyjaśnień w tym zakresie – jednak po zmianie przepisów Zamawiający podejmuje decyzję o ewentualnym odtajnieniu decyzji zawartych w ofercie na podstawie informacji do niej załączonych, zatem Zamawiający mógł uznać, że ewentualne dodatkowe pytanie nie ma wpływu na jego ostateczną decyzję w tej sprawie. W każdym razie rozstrzygnięcie co do odtajnienia przed upływem wyznaczonego Odwołującemu terminu nie ma wpływu na wynik postępowania. W tym zakresie zarzut należy oddalić ze względu na art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

Nie można się również dopatrzeć naruszenia art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w tym znaczeniu, że Zamawiający właściwie w ocenie Izby przeanalizował

dokumentację zastrzeżoną jako tajemnica w ofercie Odwołującego, i, w oparciu również o załączone do oferty wyjaśnienie co do zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, podjął decyzję o odtajnieniu oferty Odwołującego w całości. Okoliczność, że instrukcje zawierają znaki graficzne objęte prawem autorskim nie może przesądzać o ochronie (zresztą, Odwołujący nie musiał zamieszczać w ofercie znaków graficznych objętych ochroną). Odwołujący nie wskazał, jakie konkretnie informacje i dlaczego powinny być zachowane jako poufne i mające dla niego szczególną wartość gospodarczą. Wyjaśnienia w tym zakresie, zarówno dołączone do oferty, jak i składane na rozprawie, były ogólnikowe. Odwołujący również nie zaprzeczał, że faktycznie instrukcje załączone do oferty nie różnią się znacząco od instrukcji przedłożonych Zamawiającemu już w 2012 r. Odwołujący przedłożył co prawda umowę na opracowanie „nowych szablonów instrukcji”, jednak nie wykazał, na czym ta „nowość” polega, i czym różnią się stare instrukcje z roku 2012 od nowych, złożonych w niniejszym postępowaniu. Wobec powyższego, Izba nie mogła stwierdzić naruszenia art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Reasumując, Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszeń Prawa zamówień publicznych, opisywanych w odwołaniu, dlatego orzeczono jak w sentencji.

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:**

.....