

WYROK

z dnia 27 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2016 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy Sp. p., Al. Szucha 8, 00-582 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Wojewódzki Szpital Zespolony im. Ludwika Perzyny w Kaliszu, ul. Poznańska 79, 62-800 Kalisz**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp i odrzucenia oferty wnoszącego odwołanie wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp oraz nakazuje badanie i ocenę jego oferty;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Wojewódzki Szpital Zespolony im. Ludwika Perzyny w Kaliszu, ul. Poznańska 79, 62-800 Kalisz** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Kancelarię Radców Prawnych Ć. i Partnerzy Sp. p., Al. Szucha 8, 00-582 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego - **Wojewódzki Szpital Zespolony im. Ludwika Perzyny w Kaliszu, ul. Poznańska 79, 62-800 Kalisz** na rzecz odwołującego **Kancelarię Radców Prawnych Ć. i Partnerzy Sp. p., Al. Szucha 8, 00-582 Warszawa** kwotę **11 100 zł 0 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiące koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i kosztów reprezentacji.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kaliszu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Wojewódzki Szpital Zespólny im. Ludwika Perzyny w Kaliszu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego którego przedmiotem są: „Usługi pomocy prawnej”. Odwołujący: Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy Spółka Partnerska z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na: odrzuceniu oferty wykonawcy z naruszeniem art. 7 ust.1 i art. 89 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp oraz unieważnienia postępowania z naruszeniem art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp a także niewłaściwe zastosowanie art. 8 ust. 1- 3 tej ustawy. Wykonawca wniósł o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, dokonanie ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej, oraz zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego. Wskazał, że Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż może ponieść szkodę w wyniku dokonania wskazanych powyżej czynności przez Zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Zamawiający przyjął bowiem - całkowicie bezpodstawnie - iż oferta Odwołującego jest niezgodna z ustawą, co skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego. Gdyby Zamawiający przeprowadził postępowanie zgodnie z przepisami ustawy Pzp, wówczas to Odwołującemu - jako Wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą - zostałoby udzielone przedmiotowe zamówienie. Powyższe wyczerpuje przesłanki z przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Uwzględnienie niniejszego odwołania doprowadzi do konwalidacji sprzecznych z ustawą Pzp czynności polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego oraz unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i umożliwi wybór oferty Odwołującego w niniejszym postępowaniu.

W uzasadnieniu zarzutów wskazał, w szczególności, że Zamawiający odrzucił jego ofertę na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, jako niezgodną z ustawą Pzp. W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, iż zgodnie z przepisem art. 8 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Natomiast w ofercie złożonej przez Odwołującego nie dokonano zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazując jednocześnie, iż niektóre informacje zawarte w wykazie osób oraz informacje podlegające ocenie w kryterium pozacenowym, zawarte w formularzu ofertowym objęte są tajemnicą radcowską. Przedmiotowe zastrzeżenie zdaniem Zamawiającego skutkuje tym, iż ta część oferty Odwołującego jest niejawną, w związku z czym Zamawiający nie może zastosować procedury odtajniania - tak jak w przypadku informacji zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa - gdyż nie jest uprawniony do odtajniania tajemnicy radcowskiej,

co wynika z innych ustaw. W dniu 20 czerwca 2016 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów oraz do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W piśmie, o którym mowa powyżej Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia wykazu osób z uwagi na fakt, że wykaz złożony wraz z ofertą - w ocenie Zamawiającego - zawierał 2 wady. Jedna z nich dotyczyła oświadczenia, jakie Odwołujący zamieścił pod wykazem, natomiast druga wada odnosiła się wprost do tajemnicy radcowskiej zawartej w złożonej ofercie. Otóż Zamawiający podniósł w rzeczonym piśmie, iż przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie ustawy Pzp i zgodnie z przepisem art. 8 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie jest jawne, chyba, że wykonawca zastrzegł część oferty, jako tajemnica przedsiębiorstwa w formie i terminie przewidzianym w ustawie Pzp. Zamawiający w wezwaniu z dnia 20 czerwca 2016 r. użył następującego sformułowania: „Prawidłowy wykaz nie może zawierać informacji, które stanowią tajemnicę radcowską”. Nadto w wezwaniu zawarto zastrzeżenie, że w przypadku, jeśli wykonawca nie uzupełni wykazu osób, to zostanie on wykluczony na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz nastąpi odrzucenie oferty zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp. Odwołujący podkreśla w tym miejscu, że takiego zastrzeżenia nie było w dokumentacji postępowania (na etapie ogłoszenia o zamówieniu. Aby uczynić zadość tak skonstruowanemu wezwaniu Zamawiającego, (na którego treść odwoływanie - z uwagi na wartość postępowania - nie przysługiwało], Odwołujący uzupełnił wykaz osób, w którym pozostawił dokładnie te same osoby, które zostały wskazane w pierwotnym wykazie, ale usunął informacje zastrzeżone, jako tajemnica radcowska. Tym samym z wykazu usunięte zostały informacje, które miały umożliwić Zamawiającemu potwierdzenie, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu. Uzupełniony wykaz osób zawierał zatem tylko informację, że dana osoba spełnia określony warunek. W przedstawionych wyjaśnieniach Odwołujący wskazał Zamawiającemu, iż podtrzymuje swoje stanowisko w zakresie poufności informacji zawartych w ofercie, jako tajemnica radcowska, jednocześnie wskazując, że zastrzeżenie to wynika z innych przepisów, które obowiązują niezależnie od ustawy Pzp. Podkreślenia w tym miejscu wymaga fakt, że Odwołujący, jako tajemnicę radcowską w treści oferty zastrzegł li tylko: sygnatury spraw, nazwy reprezentowanych stron oraz stron przeciwnych, a także nazwę sądu przed którym toczyło się postępowanie. Informacje wskazane powyżej - tak jak zostało wskazane w treści złożonego wykazu osób - stanowią tajemnicę radcowską w rozumieniu art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (Dz. U. z 2016 r. poz. 233]. Dalej powołując się na komentarze oraz orzecznictwo, w tym Sądu Najwyższego o sygn. II PK 73/15 podkreślił, że: „Zawód radcy prawnego jest zawodem zaufania publicznego w rozumieniu art. 17 ust 1 Konstytucji RP. Zasady wykonywania zawodu radcy prawnego oraz zasady organizacji i działania samorządu radców prawnych - sprawującego stosownie do art. 17 ust. 1 Konstytucji pieczęć nad należytych wykonywaniem tego zawodu w interesie publicznym (...).

Stwierdził ponadto, że dostrzega fakt, iż w przepisie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp uregulowana została tylko tajemnica przedsiębiorstwa. Przywołany przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, iż: „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 oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (...)”. W świetle powyższego Odwołujący nie mógł zastrzec informacji dotyczących spraw prowadzonych przez osoby wskazane w wykazie osób, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż informacje te nie wypełniają przesłanek, jakie musi spełniać informacja, aby miała walor tajemnicy przedsiębiorstwa, określonych w przepisie art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tajemnica radcowska, dotycząca informacji uzyskanych w wyniku wykonywania zawodu Radcy Prawnego nie spełnia powyższych przesłanek, a co za tym idzie nie może być zastrzeżona, jako tajemnica przedsiębiorstwa, bowiem zastrzeżenie takie byłoby nieskuteczne. Jego zdaniem, stanowisko Zamawiającego, wyrażone w Informacji, iż zastrzeżenie tajemnicy radcowskiej, jako informacji niejawnej nie jest zgodne z ustawą Pzp, ponieważ Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie, nie jest prawidłowe. Powołał się na orzecznictwo KIO oraz ponownie Sądu Najwyższego, które jego zdaniem ma odpowiednie zastosowanie do tego stanu faktycznego i wskazują „na obowiązek poszanowania przez Zamawiającego poufnego charakteru informacji posiadanych przez Wykonawcę, zastrzegając, że analiza poufnego charakteru informacji powinna uwzględniać wagę interesu Wykonawcy, co do zachowania określonych danych dotyczących oferty „w tajemnicy”. W przypadku tajemnicy radcowskiej interes Odwołującego, do jej zastrzeżenia wynika wprost z ustawy o radcach prawnych, zaś o randze tajemnicy świadczy fakt uregulowania jej w ustawie wraz z sankcjami przewidzianymi za zachowanie niezgodne z dyspozycją art. 3 ust. 3 ustawy o radcach prawnych”. Dalej podał, że Odwołujący nie mógł de facto w inny sposób zaprezentować informacji dla wykazania, spełnienia warunków koniecznych dla uzyskania przedmiotowego zamówienia. Argumentacja Zamawiającego przedstawiona w Informacji o odrzuceniu ofert, iż zastrzeżone mogą zostać jedynie informacje będące tajemnicą przedsiębiorstwa prowadzi do niekonkurencyjnego zawężenia kręgu podmiotowego wykonawców, eliminując wszystkich tych, którzy wykonują zawody zaufania publicznego, wobec których ustawodawca nakłada szczególne obowiązki w zakresie tajemnicy uzyskanych przez nich informacji w ramach wykonywanego zawodu. Uznając prawidłowość argumentacji Zamawiającego Odwołujący w przedmiotowym stanie faktycznym byłby zobligowany do następujących czynności: 1) odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica radcowska w wykazie złożonym w uzupełnieniu, w związku z

czym Odwołujący zostałaby obciążony ryzykiem poniesienia odpowiedzialności wynikającej z niezachowania tajemnicy radcowskiej, lub 2) zastrzeżenia informacji będących tajemnicą radcowską jako tajemnica przedsiębiorstwa, bo tylko taki rodzaj tajemnicy przewiduje ustawa Pzp (informacje te nie są tajemnicą przedsiębiorstwa, więc zastrzeżenie byłoby nieskuteczne). Żadne z tych rozwiązań nie jest prawidłowe zarówno w świetle regulacji ustawowych, jak również celu ustawy Pzp, którym jest m.in. zapewnienie wykonawcom uczciwej konkurencji oraz równouprawnienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Reasumując Odwołujący podał, że tajemnica radcowska, która w świetle doktryny i orzecznictwa nie może być rozumiana, jako informacja jawna, może zostać zastrzeżona w ofercie wykonawcy. Jak wynika z orzecznictwa KIO ochrona takiej informacji nie jest sprzeczna z przepisami ustawy Pzp. Zamawiający w Informacji o unieważnieniu postępowania, wskazał, że niniejsze postępowanie zostało unieważnione z przyczyn określonych w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W świetle wskazanej przez Zamawiającego podstawy unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że Zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej. W związku faktem, iż czynność odrzucenia oferty Odwołującego była bezzasadna, w niniejszym postępowaniu brak jest przesłanek do jego unieważnienia, albowiem cena jego oferty mieściła się w budżecie Zamawiającego, a zatem nie została spełniona przesłanka ustawowa, na podstawie której Zamawiający mógł podjąć czynność unieważnienia postępowania.

Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu.

Izba uznała, że nie było zasadne odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust.1 ustawy Pzp z powodu zastrzeżenia, jako „tajemnica radcowska” podanych w ofercie informacji dla oceny oferty w zakresie kryterium III - Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia. Zdaniem Izby w tej sprawie, w kontekście definicji tajemnicy zawodowej z art. 3 ust.3 ustawy o radcach prawnych, możliwe było pominięcie przez Zamawiającego odręcznej adnotacji w kolumnie 3 [w poszczególnych jej pozycjach] tego zastrzeżenia, następnie ustalenie, czy podane informacje odpowiadają wymaganym w tym kryterium danym dla oceny, a następnie – w przypadku akceptacji danych - ocena oferty Odwołującego w tym kryterium. W ramach tego kryterium Zamawiający podał, że: (...) *przyzna w tym kryterium punkty biorąc pod uwagę doświadczenie osób wskazanych do realizacji zamówienia na potwierdzenie spełnienia*

warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zamawiający nie dopuszcza wskazywania w tym zakresie innych osób”. Dalej podał, że (...) będzie punktował następujące doświadczenie (z wyłączeniem potencjału wskazanego celem wykazania spełniania warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia):

- Podkryterium 1 - reprezentowanie podmiotu leczniczego w rozumieniu ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 roku o działalności leczniczej w dodatkowych postępowaniach sądowych w sprawach o zapłatę zadośćuczynienia lub odszkodowania lub renty w związku z uszczerbkiem na zdrowiu związanym z udzielaniem świadczeń zdrowotnych w których w każdej ze spraw wartość przedmiotu sporu wynosi nie mniej niż 100.000,00 zł. Maksymalnie Wykonawca może uzyskać w tym Podkryterium 10 punktów, po 2 za każde dodatkowe postępowanie.

- Podkryterium 2 - reprezentowanie podmiotu leczniczego w rozumieniu ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 roku o działalności leczniczej w dodatkowych postępowaniach przed Wojewódzką Komisją ds. Orzekania o Zdarzeniach Medycznych; Maksymalnie Wykonawca może uzyskać w tym Podkryterium 10 punktów, po 2 za każde dodatkowe postępowanie.”

Wykonawca w tej części Formularza oferty i wymagań dotyczących tego Kryterium w kolumnie 3, [gdzie dokonano adnotacji „tajemnica radcowska”] wpisał „Podkryterium 1”, a następnie wskazał na reprezentowanie przez wskazanego w kolumnie 2 radcę prawnego podmiotu leczniczego, podając jego nazwę. Podał także osobę fizyczną - stronę powództwa, co nie było wymagane w opisie Podkryterium 1. Także powyższe nie było wymagane, co do Podkryterium 2 w zakresie którego podano informacje w analogiczny sposób. Wymienił także Sąd właściwy oraz sygnaturę akt, co także wprost nie było wymagane. Wymagano bowiem wskazania: „Przedmiot postępowania (podkryterium1 lub/i podkryterium 2).” Na rozprawie wykonawca stwierdził, że jako tajemnica radcowska zastrzeżona została informacja, w zakresie imion i nazwisk, co do podanych w opisie osób fizycznych.

Z ustaleń w sprawie wynika, że wezwanie w piśmie z dnia 20.06.2016 r. skierowane do wykonawcy na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp bezspornie dotyczy załącznika nr 4 [Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia]. Także odpowiedź wykonawcy i przedłożony zamienny Wykaz osób bez adnotacji „tajemnica radcowska” dotyczy tego załącznika. Natomiast odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło z uwagi na zastrzeżenie informacji [„jako tajemnica radcowska”] w Formularzu ofertowym – załącznik nr 2 – w jego części oznaczonej jako: III kryterium – „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”, którego nie dotyczyło wezwanie. Mając na uwadze ustalony stan faktyczny, Izba stwierdza, że zastrzeżenie informacji, jako „tajemnica radcowska” nie wiązało Zamawiającego i nie mogło być w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp podstawą do

odrzućenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie ze wskazanym art. 3 ust.3 ustawy o radcach prawnych, to radca prawny jest obowiązany zachować w tajemnicy [tajemnica zawodowa, określona jako radcowska] wszystko to, o czym dowiedział się w związku z udzieleniem pomocy prawnej. Izba dodatkowo zauważa, że ten przepis nie dotyczy zachowania w tajemnicy informacji o firmie klienta, czy co do danych ogólnych podmiotu z którym był on w sporze. Niewątpliwie obowiązek przestrzegania tajemnicy zawodowej przez radcę prawnego ma (w świetle ustawy o tym zawodzie) charakter bezwzględny, a jego dochowanie jest powinnością korporacyjną zagrożoną odpowiedzialnością dyscyplinarną. Zwolnienie z tego obowiązku, ale tylko przez sąd, może być stosowane zupełnie wyjątkowo, po odpowiedzialnym rozważeniu wszystkich przesłanek ustawowych zezwalających na takie odstępstwo od kardynalnej zasady gwarantującej poufność relacji z klientem. Zdaniem Izby takiego zwolnienia radcy prawnego z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej nie może dokonać, sam przedsiębiorca składający w przetargu ofertę, ograniczając ponadto zasadę poufności tylko do nieujawnienia informacji – jak w tym przypadku - konkurencyjnym wykonawcom [patrz: uchwała Nr 594/V/2003 Krajowej Rady Radców Prawnych z dnia 9 września 2003 r. w sprawie stanowiska KRRP odnośnie zwalniania radców prawnych z obowiązku dochowania tajemnicy zawodowej (art.180 § 2 kpk)]. Izba ponadto zwraca uwagę, że w ofercie nie omówiono poczynionych adnotacji [zastrzeżeń], co można było rozumieć, że poza podanymi w poszczególnych pozycjach informacjami, nie jest możliwe ujawnianie innych – dalszych informacji związanych z daną sprawą. Można również było założyć, że informacje pod którymi zamieszczono wskazaną adnotację stanowią – z jakiegoś powodu tajemnicę zawodową - ale w takim przypadku należałoby wnioskować, że ujawniając je w ofercie nie dochowano reguł wymaganych dla zachowania w poufności informacji przez składającego ofertę, powołującego się na informacje stanowiące tajemnicę zawodową wskazanego w niej radcy prawnego. Izba zauważa, że wykonawca nie powołuje się na stosowne zwolnienie – dla potrzeb złożenia oferty - przez sąd, czy też klienta, którego ta tajemnica dotyczy. Trudno tym samym uznać, że poczynione adnotacje, zobowiązują zamawiającego do zachowania w poufności wskazanych w ofercie informacji. Jednakże, Zamawiający, z tak zwanej ostrożności, szczególnie przed żądaniem jej ujawnienia przez inny podmiot, innego uczestnika postępowania, obawiając się hipotetycznie ewentualnej odpowiedzialności, mógłby w trybie art. 87 ust.1 Pzp żądać wyjaśnień, w jakim zakresie informacje z kolumny 3 są informacjami chronionymi, jako tajemnica radcowska i na jakiej podstawie zostały one ujawnione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz na jakiej podstawie dotyczą zamawiającego, jako podmiotu do którego art. 3 ust.3 ustawy o radcach prawnych nie odnosi się.

Reasumując Izba stwierdza, że w tych okolicznościach faktycznych także zarzut dotyczący unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na odrzucenie oferty Odwołującego, należało uwzględnić.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz uwzględniając przepisy 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).

.....