

Sygn. akt: KIO 100/12

WYROK
z dnia 26 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 stycznia 2012 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 stycznia 2012 r. przez wykonawcę **Spółdzielnia Inwalidów "Naprzód" w Krakowie, 31-215 Kraków, ul. Żabiniec 46** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 2, 44-330 Jastrzębie-Zdrój, al. Jana Pawła II 7**

przy udziale wykonawcy **Impel Cleaning Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu odtajnienie oferty wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118, w części uznanej za tajemnicę przedsiębiorstwa.

2. kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 2 w Jastrzębiu-Zdroju i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Spółdzielnię Inwalidów "Naprzód" w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego Nr 2w Jastrzębiu-Zdroju** na rzecz **Spółdzielni Inwalidów "Naprzód" w Krakowie** kwotę 15 000 zł 00gr (słownie:

piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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 **Gliwicach**.

Przewodniczący:

UZSASADNIENIE

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 2, 44-330 Jastrzębie-Zdrój, al. Jana Pawła II 7, zwany dalej „Zamawiający” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie usługi sprzątnięcia w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym Nr 2 w Jastrzębiu Zdroju przy al. Jana Pawła II 7, ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod nr 201 I/S 229-371735 w dniu 29 listopada 2011 roku.

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców. Pierwszy z nich Spółdzielnia Inwalidów "Naprzód" w Krakowie, 31-215 Kraków, ul. Żabiniec 46 złożył odwołanie od czynności zaniechania odtajnienia oferty drugiego wykonawcy Impel Cleaning sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, który to wykonawca skutecznie przystąpił do niniejszego postępowania odwoławczego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 8 ust 1-3 Pzp wobec zaniechania odtajnienia oferty drugiego uczestnika niniejszego postępowania wskazanego przez Zamawiającego pod nazwą Impel Cleaning sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław pomimo, że utajnione dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa;
- art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie oferty drugiego uczestnika niniejszego postępowania - Impel Cleaning sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław;
- art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez niewłaściwe zastosowanie wobec uznania, że dokumenty zastrzeżone przez drugiego uczestnika niniejszego postępowania wskazanego objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wnosząc przedmiotowe odwołanie wniósł o nakazanie Zamawiającemu odtajnienia części zastrzeżonej oferty, wykonawcy Impel Cleaning sp. z o.o.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów wskazał, że w dniu 16 stycznia 2012 roku Odwołujący otrzymał od Zamawiającego faxem informację, że wykonawca: firma Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław zastrzegł w swojej ofercie następujące dokumenty: 1. plan higieny, 2. instrukcje i technologie, 3. zasady kontroli, 4. organizację pracy. Odwołujący nie zgadza się z utajnieniem powyżej wskazanych informacji i podnosi, co następuje. Zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wyjątkiem od tej zasady jest zastrzeżenie, że Zamawiający nie może ujawniać informacji stanowiących

tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz. U. 2003 r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.) 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.

Podniósł, że w odniesieniu do oferty Wykonawcy: Impel Cleaning sp. z o.o. we Wrocławiu złożonej w przedmiotowym postępowaniu trudno zgodzić się ze stanowiskiem, że zastrzeżone w ofercie informacje posiadają wartość gospodarczą. Wykonawca Impel Cleaning sp. z o.o. we Wrocławiu nie wykazał, na czym polega ta wartość. Poufność informacji w omawianym aspekcie powinna mieć znaczenie dla majątkowych interesów przedsiębiorcy, biorąc pod uwagę, zwrot jakim posługuje się ustawodawca „wartość gospodarcza”.

Zastrzeżone przez Wykonawcę: plan higieny i organizacja pracy musiały zostać opracowane zgodnie ze szczegółowymi wytycznymi Zamawiającego zawartymi w SIWZ wraz z załącznikami. Podkreślił, że wymienione informacje nie mają charakteru unikalnego, nowatorskiego, a wręcz przeciwnie zostały opracowane na potrzeby konkretnego postępowania, w oparciu o informacje przedstawione przez Zamawiającego siwz. Informacje tam zawarte są powszechnie dostępne i dlatego nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa albowiem .

Zastrzeżenie dochowania poufności, złożone w ofercie wykonawcy Impel, 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.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie oraz w stanowisku zaprezentowanym do protokołu rozprawy podniósł iż odwołanie jest niezasadne gdyż po pierwsze jest przedwczesne, gdyż zostało złożone przed podjęciem przez Zamawiającego jakiegokolwiek decyzji w przedmiocie udostępnienia zastrzeżonych części ofert wykonawców tudzież odmowy takiego udostępnienia i po drugie utajnienie części dokumentów w obu złożonych przez wykonawców ofertach spełniają podstawy uznania ich za tajemnice przedsiębiorstwa.

Podniósł, że w dniu 16 stycznia 2012 r. Odwołującemu odmówiono wglądu w ofertę gdyż Odwołujący miał wyznaczony przez Zamawiającego termin zapoznania się z ofertą drugiego wykonawcy na dzień 18 stycznia 2012r. Dlatego też złożone odwołanie i sformułowane w nim zarzuty są co najmniej przedwczesne. W dniu 16 stycznia 2012 r - w dacie sporządzenia odwołania, nie zapadła jeszcze decyzja Zamawiającego w zakresie uwzględniania, bądź nie, zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odnośnie części oferty Impel Cleaning sp. z

o.o. Zamawiający w piśmie z dnia 16 stycznia 2012r. poinformował Odwołującego, że co do części oferty wykonawcy spółki Impel Cleaning sp. z o.o. zostały złożone zastrzeżenia poufności, w niczym nie zmienia to jednak faktu, że czynność udostępnienia lub braku udostępnienia do wglądu całości bądź części oferty drugiego wykonawcy miała nastąpić 18 stycznia 2012r. Odwołujący nie czekając na decyzję Zamawiającego, złożył odwołanie. Stwierdził, że w dniu 16 stycznia 2012 roku a więc 2 dni przed upływem terminu wyznaczonego do wglądu w oferty, czynności zaniechania odtajnienia jeszcze ofert nie było, nie istniała więc podstawa do wniesienia odwołania.

Ponadto Zamawiający podniósł, że Odwołujący zarzuca, że informacje, które zastrzegł Przystępujący, a dotyczące dokumentów: planu higieny, instrukcji i technologii, zasad kontroli, organizacji pracy nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednocześnie jednak Odwołujący zapomina, że sam w złożonej ofercie zastrzegł analogiczne dokumenty, domagając się ich nieudostępniania innym wykonawcom jako objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odnosnie zastrzeżenia przez Odwołującego części dokumentacji swojej oferty wskazał, iż nie dostosował się on do wymagania zawartego w pkt.10.17 SIWZ i nie umieścił zastrzeżonych w ofercie jako objętych tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów w osobnej kopercie oznaczonej jako „Zastrzeżona część oferty”.

W zakresie prawidłowości zastrzeżenia niektórych informacji zawartych w ofercie Przystępującego stwierdził, że Zdaniem Zamawiającego informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca Impel Cleaning sp. z o.o. zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa dokumenty planu higieny, instrukcji i technologii, zasad kontroli, organizacji pracy. Jest to rodzaj informacji, który odpowiada pojęciu tajemnicy przedsiębiorstwa, obejmuje bowiem dane dotyczące technologii, sposobu organizacji i działania przedsiębiorstwa w określonej sferze jego działalności. Zakresem tajemnicy przedsiębiorstwa są w konsekwencji objęte zarówno w pełni innowacyjne i uniwersalne rozwiązania techniczne, jak również informacje dotyczące stosowanych technologii, planów działania, sposobu organizacji pracy, listy klientów, metody kontroli jakości, wynalazki, wypracowane sposoby marketingu itd.

Przystępujący na rozprawie podniósł, że przedmiotowe postępowanie nie jest takie same jak inne postępowania, gdyż w tym postępowaniu zostały ustalone dwa kryteria oceny i wyboru ofert, to znaczy oprócz ceny będzie brana pod uwagę dodatkowo koncepcja wykonania usługi, a więc coś co jest ustalone tylko pod potrzeby konkretnego zamówienia. Wobec tego oferta ta jest zindywidualizowana tylko na potrzeby tego postępowania. Dlatego też te indywidualne opracowania stanowią wytwór pracy i inwencji twórczych pracowników wykonawcy i w związku z tym na pewnym etapie nie powinny być znane drugiemu

wykonawcy. Stanowią one opracowania autorskie i powinny podlegać ochronie, zatem zastrzeżenie części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa uważa w pełni za zasadne.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i uczestnika, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, gdyż brak możliwości oceny oferty złożonej przez innego wykonawcę może pozbawić Odwołującego prawa oceny przyszłych czynności Zamawiającego podjętych w odniesieniu do oferty konkurencyjnej, w tym w szczególności w zakresie prawidłowości wyboru oferty najkorzystniejszej.

Również Przystępujący w sposób prawidłowy wykazał interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony do której zgłosił przystąpienie, gdyż zastrzeżenie nieudostępniania uznanych za tajemnicę przedsiębiorstwa części oferty może realizować jego prawo do ochrony o której mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o.z.n.k.

W niniejszym postępowaniu złożono dwie oferty i obaj wykonawcy jak oświadczył Zamawiający zastrzeżli jako tajemnicę przedsiębiorstwa analogiczne dokumenty.

W oparciu o dokumentację postępowania oraz stanowiska stron i Przystępującego zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy: w dniu 5 stycznia 2012 r. miało miejsce otwarcie ofert, w trakcie którego Zamawiający poinformował, że część oferty Przystępującego została utajniona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odnośnie oferty Odwołującego Zamawiający poinformował, że jego oferta jest w całości jawna, ponieważ żadna część oferty nie została umieszczona w kopercie, czyli tak jak tego wymagał Zamawiający w siwz .

Zamawiający zwrócił się pismami z dnia 10 i 12 stycznia do obu wykonawców o podanie powodów utajnienia części oferty jako tajemnica przedsiębiorstwa. W odpowiedzi na wezwania do złożenia wyjaśnień Zamawiający w dniu 11 stycznia 2012 r. otrzymał od wykonawcy Impel odpowiedź w którym to wykonawca poinformował, iż w sposób zasadny dokonał utajnienia oferty, ponieważ ma ona specyficzny charakter, została opracowana na potrzeby tego postępowania i zawiera informacje, które bez szkody dla niego nie mogą być udostępnione innym

Natomiast dniu 12 stycznia 2012 r Zamawiający otrzymał odpowiedź od Odwołującego, w którym oświadczył, iż decyzje co do uznania zasadności utajnienia części oferty pozostawia w całości Odwołującemu.

W dniu 16 stycznia 2012 r., przed wskazanym przez Zamawiającego terminem zapoznania się z treścią oferty Przystępującego, do Zamawiającego zgłosił się przedstawiciel Odwołującego i zwrócił się o udostępnienie mu oferty Przystępującego. Zamawiający odmówił takiemu żądaniu informując, iż oferta znajduje się u członków komisji i udostępnienie może nastąpić we wskazanym terminie, tj. w dniu 18 stycznia 2012 r. W dniu 18 stycznia 2012 r. ponownie zgłosił się przedstawiciel Odwołującego, Zamawiający nie udostępnił w całości treści oferty wykonawcy Impel, gdyż uznał, że zachodzą podstawy do uznania zasadności utajnienia części oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Opierając się na złożonych przez wykonawców oświadczeniach Zamawiający uznał, że zastrzeżenia części ofert, jako tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach obu wykonawców są zasadne.

Zamawiający stwierdził, że odwołanie winno być oddalone, a nawet odrzucone jako przedwczesne, gdyż zostało złożone przed podjęciem decyzji w tym zakresie przez Zamawiającego i według Zamawiającego bieg terminu do wniesienia odwołania winien rozpoczynać się od dnia 18 stycznia 2012 roku tj. od daty wyznaczonej Odwołującemu przez Zamawiającego jako termin zapoznania się z oferta Przystępującego.

Izba odnosząc się do takiego stanowiska Zamawiającego stwierdza, że ustawodawca nie uregulował trybu badania skuteczności zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Nadto przepisy ustawy pzp nie wskazują wprost od jakiego zdarzenia rozpoczyna się bieg terminu do wniesienia odwołania na utajnienie części oferty danego wykonawcy. Zgodnie z treścią przepisu art. 182 ust. 3 pkt.1 *„odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się (...) w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia”*.

W przypadku odwołania wobec zaniechania ujawnienia informacji zastrzeżonych w ofercie, powstaje pytanie jaki dzień uznać należy za ten, w którym powzięto, lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć, wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania na nieodtajnienie oferty. Problem z ustaleniem początku biegu terminu na wniesienie odwołania w tej kwestii komplikuje również fakt, że ustawa pzp nie przewiduje w jakim terminie zamawiający musi przeprowadzić weryfikację ofert pod wyżej wskazanym kątem, jak również nie przewiduje obowiązku, ani trybu poinformowania wykonawców o zajętych przez zamawiającego stanowisku i jego uzasadnieniu. W tym zakresie, wytycznych należy poszukiwać w licznych orzeczeniach sądów oraz Krajowej Izby Odwoławczej.

Niewątpliwym jest, że pierwszym terminem kiedy wykonawca dowiaduje się lub może się dowiedzieć o samym fakcie zastrzeżenia tajemnicy w ofertach innych wykonawców jest termin otwarcia ofert. Jednakże należy podkreślić, że w tym samym terminie również zamawiający dowiaduje się o fakcie, że w złożonych ofertach zostały zastrzeżone niektóre informacje czy dokumenty i musi on mieć stosowny okres czasu na podjęcie określonych badań aby stwierdzić, czy zaistniały okoliczności odpowiadające warunkom określonym w art. 11 ust. 4 ustawy o z.n.k.

Rozpoczęcia badania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach wykonawców, zgodnie z wieloma orzeczeniami KIO w tym zakresie winno nastąpić niezwłocznie po terminie otwarcia np. / *vide* wyrok KIO 183/11/ . Do etapu badania należy zaliczyć również potrzebę wystąpienia do wykonawcy o wskazanie i szczegółowe uzasadnienie podstaw zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Za zasadnością takiego wystąpienia przemawia przede wszystkim fakt, że przesłanka zachowania tajemnicy pewnych informacji, dotyczy przedsiębiorstwa wykonawcy, a nie zamawiającego i dlatego też to wykonawca winien wykazać Zamawiającemu potrzebę takiego zastrzeżenia.

W sytuacji kiedy wykonawca wystąpi z wnioskiem do Zamawiającego o udostępnienie mu w całości oferty danego wykonawcy i Zamawiający poinformuje go o terminie w którym podejmie decyzję, czy zastrzeżenie tajemnicy zostało dokonane prawidłowo, to termin na wniesienie odwołania biegnie dopiero od tego wskazanego terminu. Tym samym termin na wniesienie odwołania od zaniechania odtajnienia zastrzeżonych w ofercie informacji powinien być liczony od momentu uzyskania przez wykonawcę wiedzy o podjęciu przez zamawiającego decyzji odnośnie skuteczności dokonanego zastrzeżenia. Zamawiający przekazując informacje o odmowie udostępnienia wykonawcom oferty w pełnym zakresie automatycznie uruchamia początek biegu terminu na wniesienie odwołania.

Takim terminem, zdaniem tego składu orzekającego, nie jest termin otwarcia ofert, chyba że Zamawiający w tym dniu dokonałby również oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co w praktyce wydaje się działaniem niewykonalnym.

Jednocześnie Izba stoi na stanowisku, że ostatecznym terminem od którego biegnie termin na wniesienie odwołania w tym zakresie, jest decyzja zamawiającego dotycząca wyboru i oceny ofert, gdyż ta decyzja kończy etap oceny ofert, a tym samym również oceny zasadności zastrzeżenia informacji oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Biorąc pod uwagę powyższe zasadnym jest stwierdzenia, że nie jest możliwe wskazanie dla wszystkich stanów faktycznych jednolitej zasady co do określenia terminu od którego należy liczyć rozpoczęcie biegu terminu na wniesienie odwołania w omawianym zakresie, a kwestia ta winna każdorazowo podlegać indywidualnej ocenie.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego iż odwołanie winno być oddalone, a jak podniesiono na rozprawie, odrzucone jako wniesione przedwczesne, to zdaniem Izby należy wskazać, że w obecnym stanie prawnym przeszkodą do rozpoznania odwołania, jest jego wniesienie po upływie ustawowego terminu (art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp), nie zaś „uchybiecie terminu ustawowego” co miało miejsce w poprzednio obowiązującym stanie prawnym.

W dniu 16 stycznia Zamawiający nie informował jednoznacznie Odwołującego, że jest w trakcie badania oferty Przystępującego w kwestii prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, ani że odmowa udostępnienia informacji spowodowana jest tym, że Zamawiający nie dokonał jeszcze oceny zastrzeżenia. Na dzień 18 stycznia Zamawiający wyznaczył termin zapoznania się z ofertą Przystępującego bez wskazania iż w tym terminie decyzja co do zasadności zastrzeżenia, zostanie podjęta.

Dlatego też decyzja Odwołującego do wniesienia odwołanie w dniu 16 stycznia, należy ocenić **nie** jako działanie przedwczesne, lecz jako fakt należytej staranności wykonawcy dążącego do uzyskania zamówienia. Odwołanie takie nie podlega odrzuceniu z przyczyn dotyczących terminu jego wniesienia i, jeśli zostały zachowane przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp, winno być rozpoznane co do istoty / wyrok KIO 1472/11/.

W zakresie podstawowego zarzutu odwołania, dotyczącego zaniechania odtajnienia przez Zamawiającego całości oferty Przystępującego Impel Cleaning sp z o.o., poprzez niewłaściwe uznanie, że zastrzeżone dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy, wskazać należy, że wynikająca z art. 8 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. ustawy pzp, zasada jawności postępowania o zamówienia publicznego, obok zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest zasadą generalną prawa zamówień publicznych.

Funkcją zasady jawności jest zapewnienie przejrzystości na każdym etapie postępowania, przy założeniu, że wszelkie ograniczenia jawności mogą być wprowadzane jedynie w drodze wyjątku i na podstawie wyraźnego upoważnienia wyrażonego wprost w przepisie ustawy.

Wykładnia i ocena prawidłowości zastosowania danego przepisu prawa zamówień publicznych winna odbywać się mając zawsze na względzie, poszanowanie podstawowych zasad prawa zamówień publicznych. Stosownie do w/w przepisu zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko do przypadków i według zasad określonych w ustawie pzp. Zgodnie z przepisem ust.3 w/w art. 8 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. Zgodnie natomiast z art. 11 ust.4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r.,nr 153, poz. 1503.) 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. Należy wskazać, iż tylko łączne spełnienie przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 4 ww. ustawy przesądza o możliwości uznania określonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. To z kolei uprawnia do odstąpienia w ramach procedury o udzielenie zamówienia publicznego od generalnej zasady jaką jest zasada jawności postępowania.

Sąd Najwyższy w wyroku z 28 lutego 2007 roku, sygn. Akt V CSK 444/06, stwierdził że "na tajemnicę przedsiębiorstwa składa się całokształt informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych, handlowych i innych, a nie jedynie poszczególne elementy." O konieczności łącznego spełnienia przesłanek wyrażonych w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wskazał również Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 3 października 2000 r. o sygn. akt I CKN 304/00 (OSNC 2001 r., Nr 4, poz. 5).

Skoro więc zamawiający może z woli ustawodawcy, ograniczyć dostęp do informacji zawartych w ofercie tylko w ustawowo określonych przypadkach, to aby móc skorzystać z tego uprawnienia zgodnie z ustawą, musi on uprzednio stwierdzić, że zaistniały okoliczności odpowiadające przypadkom określonym w ustawie. Jego obowiązkiem jest w szczególności zbadanie czy informacje objęte przez wykonawcę zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 1 i u.z.n.k

Niewykonanie tego obowiązku może doprowadzić do wadliwości postępowania o udzielenie zamówienia mogącego skutkować wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy o wykonanie przedmiotu zamówienia. Okoliczność ta może być ponadto przedmiotem oceny organów uprawnionych do badania kwestii związanych z naruszeniem dyscypliny finansów publicznych w zakresie racjonalności, gospodarności wydatkowania środków publicznych.

Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania i co najmniej uprawdopodobnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób uprawniony. Brak wyjaśnień lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia. Wykonawca który zamierza zastrzec część oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa winien w zakresie niezbędnym i uzasadnionym przepisami prawa, wskazać wiadomości mające zostać poufnymi, a następnie na wezwanie Zamawiającego w sposób pełny i precyzyjny odnieść się do każdego zastrzeżonego dokumentu lub do jego utajnionej części. Te wyjaśnienia winny być na tyle pełne aby umożliwić zarówno zamawiającemu jak i organowi rozpatrującemu ewentualne odwołanie w tym zakresie, odniesienie się do zastrzeżonych informacji. Zasada jawności jest podstawową

zasadą zamówień publicznych i wyjątki od niej powinny interpretowane w sposób ścisły i winny być odpowiednio uzasadnione.

Niepodjęmania przez Zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany czekając, że to orzeczenie KIO zwolni go z ryzyka odpowiedzialności za ewentualne ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa danego wykonawcy, jest nie do zaakceptowania.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowego postępowania należy stwierdzić, że Zamawiający nie wywiązał się w sposób należyty z nałożonych na niego przez ustawodawcę obowiązków. W sposób bezkrytyczny przyjął zarówno treść oświadczeń obu wykonawców jak i bez głębszej analizy zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów, uznał, że te zastrzeżenia są prawidłowe. Takie stanowisko, Izba wywodzi ze stanowiska zaprezentowanego w odpowiedzi na odwołanie, gdzie Zamawiający stwierdził, że *„jeśli Przystępujący wykonawca zastrzegł, iż dokumenty obejmujące plan higieny, instrukcji i technologii, zasad kontroli i organizacji pracy są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, Zamawiający nie miał podstaw do zakwestionowania takiego zastrzeżenia”*. Równocześnie dodał, że *„Informacje zastrzeżone przez Przystępującego wykonawcę w niniejszym postępowaniu nie były informacjami podlegającymi obligatoryjnemu ujawnieniu, w związku z czym nie można kwestionować ich znaczenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa”*.

Oceniając takie stanowisko Zamawiającego, zdaniem Izby należy stwierdzić, że Zamawiający zaniechał ciążącego na nim obowiązku zbadania zasadności dokonania zastrzeżenia części oferty jako tajemnica przedsiębiorstwa. W swojej ocenie poprzestał tylko na sprawdzeniu czy zastrzeżone wiadomości nie były informacjami podlegającymi obligatoryjnemu ujawnieniu w oparciu o przepisy ustawy pzp.

Jako przykład braku podjęcia działań w celu ustalenia czy wykonawcy prawidłowo zastrzegli dane z oferty jako tajemnice przedsiębiorstwa, należy wskazać fakt uznania, że zastrzeżenie pewnych dokumentów w ofercie Odwołującego są zasadne. Otóż Odwołujący składając ofertę zastrzegł jej część jako tajemnicę przedsiębiorstwa, jednocześnie nie dokonał zabezpieczenia jej zgodnie pkt. 10.17 siwz który stanowił, że takie dokumenty należy umieścić w odrębnej kopercie oznaczonej jako „zastrzeżona część oferty”. Tym samym z jej treścią mógł zapoznać się każdy, gdyż o utajnieniu części oferty Zamawiający dowiedział się dopiero w trakcie dokonywanej oceny ofert. Ponadto na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień *„ o wykazanie, że dokumenty zawarte w zastrzeżonej części oferty (...) spełniają wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust.4 ustawy o z.n.k ”*, Odwołujący w odpowiedzi poprzestał na stwierdzeniu, że *„ to na Zamawiającym spoczywa obowiązek oceny zasadności dokonanego przez wykonawców zastrzeżenia”*, czyli nie wskazał żadnych powodów utajnienia, a mimo to Zamawiający dokonał uznania zasadności zastrzeżenia części oferty Odwołującego.

Podobnie Zamawiający postąpił w stosunku do oferty Przystępującego. Tutaj również wykonawca udzielając odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wskazał przy użyciu ogólnych sformułowań, że zasadne jest zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa 304 stron oferty, gdyż zawarte na tych stronach informacje zostały przygotowane specjalnie dla tego postępowania i zawierają dane o charakterze technologicznym i organizacyjnym, posiadają indywidualny charakter i stanowią know-how wykonawcy.

Odnosząc się do takiego kilkudzaniowego uzasadnienia utajnienia ponad 300 stron oferty Izba stwierdza, że nie zawierają one jakiegokolwiek rzeczywistego uzasadnienia w czym ma się przejawiać wyjątkowość tej oferty. Uzasadnienie zastrzeżenia oparto na ogólnych sformułowaniach którymi cechuje się każda oferta – tj. posiada samodzielnie opracowane rozwiązania przygotowane specjalnie dla danego postępowania.

Zastrzeżeniu oferty jako tajemnica przedsiębiorstwa może podlegać tylko niezbędny jej fragment czy nawet określony zapis, chyba, że ujawnienie tej części informacji stanowiłoby podstawę do skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, ale ten fakt to wykonawca, winien wykazać Zamawiającemu. Dlatego też ocenie Zamawiającego winien podlegać każdy zastrzeżony dokument oferty, każda jego strona.

Izba po analizie zastrzeżonej części oferty nie stwierdziła, że dane tam zawarte mogą stanowić tajemnice przedsiębiorstwa jakiegokolwiek wykonawcy, gdyż są dane w większości znane ogółowi społeczeństwa, a w szczególności podmiotowym trudniącym się wykonywaniu czynności jak niniejsze zamówienie. Większość z nich jest powszechnie dostępna na stronach internetowych, czy to zamawiających, czy to instytucji opracowujących różnego rodzaju instrukcje stanowiskowe. Przystępujący podnosił, że zastrzeżone dokumenty zostały opracowane na potrzeby tego postępowania i w związku z tym mają szczególną wartość. Jednakże zdaniem Izby ochronie w myśli art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji podlegają wyłącznie informacje, których ujawnienie godzi w interesy przedsiębiorcy przekraczające możliwość uzyskania zamówienia w danym postępowaniu./podobnie wyrok KIO 1472/11/.

Biorąc pod uwagę fakt, że zastrzeżone przez wykonawcę dokumenty nie mają szczególnego charakteru zawierającego niepowtarzalne dane danego przedsiębiorcy o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym, nie zawierają informacji znanych tylko temu wykonawcy, a mają raczej na celu uniemożliwienie Odwołującemu dokonania oceny oferty konkurencyjnego wykonawcy.

Dlatego też Izba, uznając podniesiony zarzut za zasadny, uwzględniła odwołanie, stwierdzając, że podstawą do uwzględnienia odwołania było niezasadne utajnienie części oferty Przystępującego, co może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba nie może akceptować coraz częstszych praktyk, że wykonawcy zajmujący drugą pozycję na listach rankingowych oceny i wyboru ofert, nie są w stanie w żaden sposób sprawdzić, czy inna złożona oferta jest zgodna z wymaganiami zamawiającego opisanymi w siwz, gdyż wykonawcy coraz częściej zastrzegają informacje które przy dokładnej analizie nie spełniają wymogów z art. 11 ust.4 ustawy o z.n.k.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – miało miejsce w analizowanej sprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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