

WYROK
z dnia 18 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2012 r. przez wykonawcę **Impel Cleaning Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 im. prof. St. Szyszko Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, 41-800 Zabrze, ul. 3-go Maja 13 – 15**

przy udziale wykonawcy **Spółdzielnia Inwalidów "Naprzód" w Krakowie, 31-215 Kraków, Żabiniec 46** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, odtajnienie oferty wykonawcy SI „Naprzód” w Krakowie w części uznanej za tajemnicę przedsiębiorstwa , oraz ponowne badanie i ocenę ofert

2. kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 im. prof. St. Szyszko Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, 41-800 Zabrze, ul. 3-go Maja 13 – 15 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Impel Cleaning Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego Nr 1 im. prof. St. Szyszko Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, 41-800 Zabrze, ul. 3-go Maja 13 – 15** na rzecz **Impel Cleaning Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych

zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 Gliwicach.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 im. Prof. Stanisława Szyszko, Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach –Zabrze, ulica: 3 Maja13-15, zwany dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienie publicznego pn. „Świadczenie usług w zakresie utrzymania czystości z uwzględnieniem dezynfekcji w obiektach szpitala wraz z obsługą kuchenek oddziałowych”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej:pod numerem:201 I/S 223 - 362247 z dnia 19 listopada 2011 roku.

Zamawiający dokonał wyboru jako oferty najkorzystniejszej, oferty Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, który to wykonawca w niniejszym postępowaniu skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Od takiej decyzji Zamawiającego odwołanie złożył wykonawca Impel Cleaning sp. z o.o. Wrocław, ulica Ślężna 118.

W złożonym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 8 ust. 1-3 ustawy prawo zamówień publicznych przez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu części oferty Wykonawcy: Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, zawierającej informacje bezprawnie utajnione,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia przez oferty Wykonawcy: Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy: Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie,
- 5) art. 91 ust 1 Ustawy poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Zarzucając powyższe naruszenia wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu odtajnienia oferty Wykonawcy: Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie,
- 2) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Wykonawcy: Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 1, 2 i 8 ustawy prawo zamówień publicznych,
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert oraz nakazanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród nie podlegających odrzuceniu ofert złożonych przez Wykonawców niewykluczonych z postępowania.

Wnosząc przedmiotowe odwołanie równocześnie wskazał, że ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ w razie uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego, w postępowaniu - jako najtańsza - będzie ofertą najkorzystniejszą.

Podniósł, że w dniu 30 grudnia 2011 r. podczas otwarcia ofert złożonych w postępowaniu przetargowym powziął wiadomość o bezprawnym zastrzeżeniu przez Wykonawcę Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie informacji w ofercie jako tajemnicę przedsiębiorstwa i z tego tytułu oferta tego wykonawcy winna być odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy prawo zamówień publicznych gdyż wykonawca zastrzegł wadliwie część oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Stwierdził, że zasada jawności w systemie zamówień publicznych jest jedną z najważniejszych zasad, które należy uwzględniać w trakcie przygotowywania oraz przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie, składając oferty w innych postępowaniach o zamówienia publiczne na usługi odpowiadające przedmiotowi zamówienia niniejszego postępowania, nie zastrzegał jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tym razem zastrzeżonych informacji i danych. Tym samym, dotychczasowa praktyka ww. Wykonawcy, wskazuje, iż rzeczony dane i informacje, również w przekonaniu Spółdzielni Inwalidów Naprzód w Krakowie, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, a ich zastrzeżenie jest bezpodstawne i bezprawne. Działanie Zamawiającego polegające na utajnieniu części oferty nie stanowi uzasadnionego przepisami prawa działania podjętego w celu ochrony jego interesów. Część oferty, z których klauzula tajności, nie została zdjęta decyzją Zamawiającego nie może zawierać danych, które kwalifikowane mogłoby być jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ponadto podniósł zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy prawo zamówień publicznych z uwagi, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawca zgodnie z rozdziałem 7 pkt 7.4. lit, a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zobowiązany być przedstawić w ofercie Plan higieny, który powinien zawierać m.in. wykaz sprzętu przeznaczonego do realizacji zamówienia. Przedłożony przez wykonawcę SI „Naprzód” wykaz nie zawiera wszystkich niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia urządzeń np. zmywarek, wyparzaczy do naczyń, myjni - dezynfektorów, pralek do prania mopów.

W związku z powyższym żądanie Zamawiającego określone rozdziale 7 pkt 7.4. lit. a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie stanowi wyłącznie wymogu formalnego, a braki w przedmiotowym wykazie nie pozwalają uznać, że świadczenie, do którego zobowiązał się Wykonawca, spełnia wymogi określone przez Zamawiającego, co w ocenie Odwołującego wypełnia przesłanki do odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

W zakresie kolejnego zarzutu podniósł, że oferta wykonawcy SI „Naprzód” winna być odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy prawo zamówień publicznych z uwagi, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający, zgodnie z załącznikiem nr 2 do siwz - pkt 27c wymagał dołączenia do oferty wykazu środków czystości i dezynfekcyjnych przewidzianych do wykonania zamówienia. Wykonawca w swojej ofercie nie przewidział wszystkich środków niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia i nie będzie zatem w stanie wykonać czynności wymaganych przez Zamawiającego w siwz.

W uzasadnieniu tego zarzutu wskazał na następujące fakty:

- Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 28 w piśmie z dnia 22.12.2011 r. wskazał, iż do obowiązków Wykonawcy należy zapewnienie preparatu do dezynfekcji promienników lamp bakteriobójczych, przy czym preparat ten nie może w swoim składzie zawierać alkoholu skażonego, jednak wykonawca w swojej ofercie nie zaproponował preparatu, którym można by w sposób prawidłowy wykonać dezynfekcję promienników lamp bakteriobójczych.
- w odpowiedzi na pytanie 27 w piśmie z dnia 22.12.2011r. Zamawiający wskazał iż do obowiązków wykonawcy należy zapewnienie środków do myjni - dezynfektorów. Wykonawca winien zatem w swojej ofercie zaproponować środki do mycia i płukania oraz do dezynfekcji w myjniach-dezynfektorach. W załączonym do oferty wykazie środków Wykonawca ten nie zaproponował preparatów do dezynfekcji w myjniach-dezynfektorach
- w załączniku nr 4 do siwz Zamawiający, stwierdził iż usługa objęta przedmiotem zamówienia realizowana będzie na różnego typu powierzchniach, w tym również na deskach i parkiecie. Wykonawca w swojej ofercie nie zaproponował preparatów do konserwacji wymienionych powyżej powierzchni tj. desek i parkietów.
- wykonawca nie będzie w stanie wykonać wszystkich czynności objętych przedmiotem zamówienia. Wykonawca w wykazie środków zaproponował preparaty do konserwacji podłóg: Longlife Hospital oraz Lodan Star. Zgodnie z ulotką informacyjną producenta tych środków w celu poprawnego wykonania konserwacji podłóg należy wstępnie oczyścić podłogę z zabrudzeń oraz starych warstw środków do konserwacji. Wykonawca w swojej ofercie nie wskazał środków, którymi należy wyczyścić podłogę przed nałożeniem nowej warstwy środków do konserwacji.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, oraz w trakcie rozprawy, odnosząc się do każdego z zarzutów wniósł o nieuwzględnienie odwołania i podniósł następujące argumenty:

- 1) nie można nie zgodzić się z Odwołującym, iż zasada jawności jest w systemie zamówień publicznych jedną z najważniejszych zasad, zapisaną w art. 8 ustawy pzp, gdyż w tym przepisie znajduje się też zastrzeżenie, że Zamawiający nie może ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający w toku badania uznał, iż część utajnionej oferty Spółdzielni

Inwalidów „Naprzód” w Krakowie nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa w związku, z czym odtajnił część oferty tj. wykaz środków oraz wykaz sprzętu. Pozostała część oferty Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie w ocenie Zamawiającego niewątpliwie stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż zastrzeżone informacje tj. Plan higieny, Organizacja pracy, Instrukcje i Procedury mają charakter technologiczny i organizacyjny przedsiębiorstwa posiadają wartość gospodarczą. Informacja ma charakter technologiczny gdyż dotyczą metod działania. Informacje zawarte w organizacji pracy, planach higieny oraz procedurach mają charakter technologiczny, dotyczą sposobów świadczenia usług oraz metod działania, opracowanych na podstawie doświadczeń, wynikających z prowadzonej działalności gospodarczej przedsiębiorstwa. Są one opracowywane w odniesieniu do konkretnej, indywidualnej sytuacji dotyczącej konkretnego Zamawiającego oraz w odniesieniu do specyficznych warunków i wymagań. Z tego względu należy uznać, że są to za każdym razem informacje niepowtarzalne. Informacje takie stanowią know-how przedsiębiorstwa, stanowią one dla niego konkretną i najistotniejszą wartość gospodarczą, którą można wycenić dokonując wyceny przedsiębiorstwa. Niewątpliwie informacje te, zdaniem Zamawiającego, zawarte w zastrzeżonych dokumentach mają charakter unikalny, a plan higieny jest szczególnym dokumentem, któremu można by było przypisać, ochronę odnoszącą się do praw autorskich.

2) odnosząc się do drugiego zarzutu, podniósł, że zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy pzp co do nieprawidłowego zaniechania odtajnienia oferty Spółdzielni Inwalidów Naprzód jest bezzasadny, gdyż Zamawiający zbadał prawidłowo oferty Wykonawców pod względem utajnienia i dokonał ich oceny odtajniając część oferty Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie.

3) odnośnie kolejnego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, stwierdził że przedstawiony w ofercie Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie wykaz sprzętu nie zawiera wszystkich niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia urządzeń tj. zmywarek, wyparzaczy do naczyń, myjni - dezynfektorów oraz pralek do prania mopów. Stwierdził iż w dniu 22.12.2011 r. w odpowiedzi na pytania wykonawców (pytanie nr 27, 34, 35) poinformował, że po stronie Wykonawcy stoi zapewnienie jedynie stosownych preparatów do w/w urządzeń. W związku z powyższym Zamawiający nie wymagał, aby Wykonawcy posiadali powyższy sprzęt. Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie w swojej ofercie przedstawiła preparaty do powyższych urządzeń zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

W przypadku zarzutu dotyczącego nie zamieszczenia w wykazie sprzętu pralek Zamawiający również udzielił stosownych wyjaśnień i w dniu 22.12.2011 r w odpowiedzi. Na pytanie nr 49, 50, 51, wyjaśnił, że do wykonania usługi sprzątania nie jest konieczne posiadanie własnych pralek. Gdyż to w kwestii Wykonawcy jest dostosowanie we własnym

zakresie procedur spełniających to zadanie (np: pranie ręczne, pranie w pralkach, zakup nowych mopów itp.).

- odnośnie nie zaproponowania w ofercie wybranego wykonawcy preparatu do dezynfekcji promienników lamp bakteriobójczych stwierdził, że Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 28 odpowiedział, iż nie dopuszcza alkoholu skażonego jako środka czyszcząco - dezynfekcyjnego, natomiast nie zakazał stosowania środków powstałych na bazie alkoholu skażonego.

- odnośnie zarzutu iż w wykazie środków oferowanych przez SI „Naprzód” nie znalazły się środki do myjni dezynfektorów, stwierdził, że w pozycji nr 25 (str. 397 oferty) wspomnianego wykazu Spółdzielnia Inwalidów Naprzód zaproponowała preparat o nazwie Sekumatic FKS, który bez wątplenia spełnia wymogi do realizacji usługi.

Nadto Wykonawca zaoferował w pozycji nr 7 (str. 396 oferty) preparat do usuwania starych warstw konserwacji powierzchni drewnianych w postaci Mediclean MG 121, co jednocześnie wskazuje na zgodność oferty z siwz.

Przystępujący poparł stanowisko prezentowane przez Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

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 w razie uwzględnienie odwołania jego oferta może zostać wybrana jako najkorzystniejsza w tym postępowaniu. Również Przystępujący w sposób prawidłowy wykazał interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony do której zgłosił przystąpienie, gdyż jego oferta została uznana w przedmiotowym postępowaniu za najkorzystniejszą i uwzględnienie odwołania może uniemożliwić mu realizację przedmiotowego zamówienia.

W niniejszym postępowaniu złożono cztery oferty z czego trzech wykonawców utajniło część złożonych ofert i według wyjaśnień Zamawiającego zastrzeżenia dotyczyły tych samym elementów oferty.

Izba uwzględniła przedmiotowe odwołanie, chociaż tylko jeden z podniesionych zarzutów zasługuje zdaniem Izby na uwzględnienie. Zdaniem Izby utajnienie tak dużej części oferty –

ponad 130 stron, jest w żadnej mierze niezasadne, gdyż w większości dotyczy kwestii powszechnie dostępnych na stronach internetowych, a także zawiera wiedzę powszechnie znaną wykonawcom z tej branży usług.

Przechodząc do szczegółowego odniesienia się do poszczególnych zarzutów zdaniem Izby zasadne jest odniesienie się do kwestii dopuszczalności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa, części oferty wykonawcy.

Jedną z istotnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest jego jawność. Zasada jawności jest jedną z naczelných norm, na których opiera się całe Prawo zamówień publicznych. Każde naruszenie zasady jawności przyczynia się do wadliwości prowadzonego postępowania i w efekcie może prowadzić do unieważnienia postępowania.

Reguła ta ma być gwarancją urzeczywistnienia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dlatego też tylko w określonych ustawowo przypadkach zamawiający może wyjątkowo ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem. Jednym z takich odstępstw od zasady jawności jest art. 8 ust. 3 ustawy p.z.p., który stanowi, że 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. Podjęcie niezbędnych działań przez przedsiębiorcę, zmierzających do zachowania poufności niektórych informacji, oznacza zastrzeżenie, że wskazane dokumenty nie mogą być udostępniane wykonawcom i innym osobom. Ustawodawca nie uregulował trybu badania skuteczności zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji określa tajemnicę przedsiębiorstwa jako „*niepodane 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 ust. 4 u.z.n.k.). Tak więc o kreślona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia **łącznie** trzy warunki: 1) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa a także posiadają wartość gospodarczą; 2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej; 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności

Dlatego też Zamawiający badając ofertę pod kątem tego, czy zasadnie utajniono w niej informacje, może skorzystać z przewidzianej w art. 87 ust. 1 u.p.z.p. instytucji wyjaśnienia treści oferty. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby zamawiający zapytał wykonawcę, co było powodem zastrzeżenia konkretnych informacji i aby wykonawca przedstawił szczegółowe argumenty na potwierdzenie swych racji. Dopiero po otrzymaniu tych wyjaśnień zamawiający powinien podjąć odpowiednią decyzję, gdyż prawo zastrzeżenia pewnych informacji

przysługuje wykonawcy składającego ofertę i to musi wykazać zasadność podjętej decyzji. Ponadto przyczyny dokonania zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa winy mieć charakter na tyle zobiektywizowany, by możliwa była ich weryfikacja zgodnie z obowiązującymi przepisami.

W postępowaniach o zamówienie publiczne problemem, z którym borykają się zarówno zamawiający jak i wykonawcy, jest nadużywanie prawa do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp wykonawca może bowiem zastrzec tajemnicę odnośnie praktycznie wszystkich podanych przez siebie informacji, za wyjątkiem informacji podawanych przy otwarciu ofert.

W/w. przepis art. 8 ust. 3 Pzp implementuje art. 6 dyrektywy europejskiej 18/2004. ETS w swoich orzeczeniach dotyczących tej materii kładzie nacisk na zbilansowanie interesu wykonawcy w zachowaniu poufności pewnych informacji z koniecznością zapewnienia ochrony prawnej innym wykonawcom.

Zasadne jest stwierdzenie Izby, że w sytuacji kiedy jawność postępowania o zamówienie publiczne jest zasadą, to wyjątki powodujące ograniczenia tej jawności nie mogą być interpretowane w sposób rozszerzający stosowanie tego przepisu. Tym samym zamawiający powinien dokonać analizy prawidłowości zastrzeżenia pewnych informacji z oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie tylko analizując określony dokumenty jako całość, ale jego poszczególne zwroty czy wyliczenia które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Takimi informacjami zasadnie zastrzeżonymi mogą być np. tylko nazwa określonego partnera handlowego, istotne postanowienia porozumień partnerskich czy pewne dane stanowiące określona wartość gospodarczą dla danego wykonawcy. Tym samym w danym dokumencie oferty mogą zostać utajnione tylko określone jego części, stanowiące fragment danego dokumentu. Dlatego też utajnienie w ofercie wybranego wykonawcy ponad 130 stron oferty we wszystkich jej elementach kłóci się z obowiązkiem ścisłej interpretacji tego przepisu.

Przenosząc te rozważania na grunt przedmiotowego postępowania, Izba stwierdza, że po dokładnym przeanalizowaniu utajnionej części oferty Przystępującego, brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych do tego, aby zastrzeżone przez wykonawcę dokumenty mogły zostać uznane przez Zamawiającego za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Podstawowym błędem Zamawiającego było dokonanie oceny utajnionej części oferty bez pozyskania od wykonawcy informacji, dlaczego te dokumenty zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i w jakim zakresie stanowią wartość gospodarczą dla wykonawcy. W tym zakresie Izba przyjmuje stanowisko zawarte przez Izbe w wyroku KIO 2187/11, gdzie Izba stwierdziła, że *„zamawiający bez wyjaśnień wykonawcy nie ma możliwości ocenić czy i jaką wartość gospodarczą dana informacja stanowi dla przedsiębiorcy, a ponadto czy przedsiębiorca podjął w stosunku do tej informacji niezbędne działania w celu zachowania jej poufności.*

W procesie omawianej analizy niezbędny jest zatem udział wykonawcy, który wypełniając przesłankę podjęcia w stosunku do danej informacji zastrzeżonej niezbędne działania w celu zachowania jej poufności, nie może odmówić udzielenia stosownych wyjaśnień, tak, aby dana informacja mogła być uznana przez zamawiającego za tajemnicę przedsiębiorstwa”.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający słusznie uznał, że wykaz środków czystości i dezynfekcyjnych, powszechnie dostępnych na rynku nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa mającą dla wykonawcy określoną wartość gospodarczą i dokonał ich odtajnienia. Podobnie uznał również co do wykazu sprzętu i urządzeń przewidzianych do realizacji zamówienia.

Jednakże Zamawiający uznał za tajemnicę przedsiębiorstwa dokumenty, które zdaniem Izby nie spełniają przesłanek uzasadniających ich utajnienie, np. wykonawca utajnił „podział pomieszczeń szpitala na strefy higieniczne” kiedy ten podział wskazał wprost Zamawiający w załączniku nr 2.3 do siwz. Ponadto wykonawca na stronach od 401 – 498 opisał wg w/w stref sposób sprzątania- utrzymania czystości poszczególnych pomieszczeń szpitala. Opis został sporządzony w formie tabel gdzie wykonawca podał – opis czynności, a więc czy jest to mycie czy dezynfekcja oraz wskazał częstotliwość ich wykonywania. Opis ten sprowadza się wskazania „ 1x dziennie, 1x tygodniowo, miesięcznie, lub w przypadku dodatkowego zanieczyszczenia, itp „. W przypadku mycia czy dezynfekcji wykonawca wskazał nazwę środka myjącego czy dezynfekcyjnego, których to wykaz odtajnił Zamawiający. Ponadto podano wykaz sprzętu przy pomocy którego prace będą wykonywane, który stanowią zwykle: wózek, ściereczki, mopy, drabina, itp.

Jedyną dodatkową informacją którą podał wykonawca jest wskazanie stopnia stężenia roztworu myjącego lub dezynfekcyjnego. Jednakże te dane, zdaniem Izby, te dane również nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa gdyż są powszechnie znane. Każdy środek zarówno myjący jak i dezynfekujący przed dopuszczeniem do obrotu musi uzyskać świadectwo dopuszczenia lub atest, w którym producent w oparciu o określone badania laboratoryjne wskazuje jego skład chemiczny, przeznaczenie oraz określenie parametrów stosowania i zasad użytkowania. Trudno takie dane przy powszechności ich dostępu na stronach internetowych i na każdym opakowaniu takiego środka, uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa jako know-how wykonawcy.

Również w zakresie co do wielkości obsady etatowej , wykonawca podaje tylko ilość osób kierowanych do wykonywania prac na danym odcinku realizacji umowy, to zdaniem Izby nie daje podstaw uznania iż te dane stanowią wiedzę danego wykonawcy, posiadającą wartość gospodarczą lub inną wynikającą z ustawy o.z.n.k..

Ponadto wykonawca na stronach od 502 do 534 zamieścił zgodnie z wymogiem pkt 27 e) załącznika nr 2 do siwz szczegółowe instrukcje, procedury sprzątania i dezynfekcji.

Izba po analizie w/w instrukcji stwierdza, że dane tam zawarte nie stanowią tajemnicy, gdyż są one znane większości społeczeństwa, a w szczególności podmiotowym trudniącym się wykonywaniu czynności jak niniejsze zamówienie. Zasadne wydaje się postawienie pytania jaką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi procedura mycia i dezynfekcji lodówki, którą w skrócie można zawrzeć w kilku punktach, tj. „wyciągnąć wtyczkę przewodu zasilającego z gniazdka, opróżnić lodówkę, umyć ją zdezynfekować oraz wysuszyć powierzchnie, a następnie włączyć urządzenie do zasilania „. Taki opis mycia lodówki można znaleźć na wielu stronach internetowych, jako instrukcja stanowiskowa mycia lodówki. Podobnie można odnieść się do innych opisów czynności sprzątania, trudno przychylić się do stanowiska wykonawcy i Zamawiającego który nie odtajnił tych dokumentów oferty, iż wskazanie, że sprzątanie pomieszczeń zaczynamy zgodnie z zasadą „od góry do dołu”, czyli najpierw myjemy powierzchnie wysokie, a następnie niskie, stanowi know-how danego wykonawcy, a opracowane instrukcje zasługują na ochronę jako utwory według prawa autorskiego.

Izba nie stwierdziła także aby jak twierdził Zamawiający te opracowania wykonawcy miały unikalny charakter, a zapoznanie się z nimi przez osoby trzecie stanowiłoby naruszenie know-how wykonawcy.

Podobnie Izba oceniła instrukcję: pierwszej pomocy udzielanej pracownikowi w razie np. zranienia się, zasady stosowania środków odzieży ochronnej dla pracowników wykonawcy, itp. Brak jest jakichkolwiek obiektywnych przesłanek wskazujących na fakt iż sposób postępowania wykonawcy według tych instrukcji jest nowatorski i zawiera dane umożliwiające temu wykonawcy wyjątkowo korzystny sposób wykonania przedmiotu zamówienia.

Tym samym Izba nie stwierdziła, aby którykolwiek z zastrzeżonych dokumentów spełniał wymogi art. 11 ust.4 u.z.n.k. i tym samym aby mógł być uznany za tajemnicę przedsiębiorstwa.

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. Zasada jawności jest podstawową zasadą zamówień publicznych i wyjątki od niej powinny być odpowiednio uzasadnione, a Zamawiający jest zobowiązany do dokonania oceny, czy zostały spełnione określone w ustawie pzp przesłanki, uprawniające do ograniczenia jawności postępowania.

Zamawiający powinien bardzo dokładnie zbadać ofertę pod kątem spełnienia przez zastrzeżone informacje wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 4 uznk, czego w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie uczynił.

Izba podkreśla również, że wykonawca występujący na rynku zamówień publicznych powinien mieć świadomość, że składając ofertę w takim postępowaniu zamierza skorzystać

ze środków publicznych. Wydawanie tych środków winno odbywać się w sposób transparentny dla podmiotów biorących w nim udział. Dlatego też jego oferta powinna być jawna dla wszystkich wykonawców, a tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i w niezbędnym zakresie może korzystać z ochrony poprzez utajnienie informacji mających dla wykonawcy znaczącą wartość. Zamawiający powinien zawsze badać, czy objęte tajemnicą informacje mają „wartość gospodarczą” i w związku z tym czy mogą być zastrzeżone.

Zamawiający dokonując badania zasadności utajnienia części oferty winien rozważyć czy zastrzeżone przez wykonawcę informacje mające co prawda charakter poufny, posiadają dla wykonawcy wartość gospodarczą na tyle dużą, iż prawo do poufności przeważa nad zasadą jawności postępowania.

Izba stwierdza, że niezależnie od specyfiki wykonywania zamówienia dla niektórych podmiotów np. szpitali, usługi porządkowo- sprzątające dotyczą najprostszych usług, których sposób wykonywania jest zasadniczo niezmienny na przestrzeni czasu. Fakt wprowadzenia do ich wykonywania nowych środków chemicznych czy urządzeń przy pomocy których mogą być wykonywane nie zmienia formy ich wykonywania, lecz stawia tylko większe wymagania co do kwalifikacji wykonujących te prace osób.

Dlatego też przy przyjęciu powyższych ustaleń zarzut bezzasadnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa, zdaniem Izby zasługuje na uwzględnienie.

Odnosnie zarzutu dotyczącego nie odrzucenia na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy pzp oferty wykonawcy Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, z powodu wadliwie zastrzeżonej części oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa, Izba stwierdza bezzasadność tego zarzutu, gdyż wadliwe zastrzeżenie poufności części oferty nie wpływa na konieczność odrzucenia jej przez Zamawiającego. Fakt ten nie powoduje niezgodności oferty z ustawą pzp lub nieważności na podstawie odrębnych przepisów, których Odwołujący wprost nie wskazał. Opierając się na stanowisku Sadu Najwyższego wskazanego w tezie uchwały z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05), Izba stwierdza, że nieprawidłowe zastrzeżenie tajności nie przesadza o niezgodności oferty z ustawą a jedynie powoduje, że dane zastrzeżenie jest bezskuteczne. Takiej kwalifikacji oferty nie może przesądzać subiektywny stan wiedzy i świadomości oferenta odnośnie do charakteru zastrzeżonych w niej informacji, a jedynie obiektywne okoliczności świadczące o niezgodności oferty z ustawą.

Tym samym zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu, że oferta wykonawcy SI „Naprzód” winna być odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy prawo zamówień publicznych z uwagi, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż wybrany wykonawca nie zaoferował wszystkich niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia urządzeń np. zmywarek, wyparzaczy do naczyń, myjni - dezynfektorów, pralek

do prania mopów, Izba stwierdza, że zarzut jest niezasadny gdyż Zamawiający w odpowiedzi na zapytania wykonawców poinformował ich, iż na wyposażeniu własnym posiada stosowny i w/w sprzęt, wskazując jednocześnie, że po stronie Wykonawcy stoi zapewnienie jedynie stosownych preparatów do w/w urządzeń. Zamawiający zobowiązał się do udostępnienia go każdemu wykonawcy, który będzie realizował zamówienie. Tym samym wykaz sprzętu jaki oferuje Zamawiający był znany wszystkim wykonawcom i zdaniem Izby nie było konieczności ujmowania go w wykazie sprzętu, przy pomocy którego wybrany wykonawca będzie realizował zamówienie. Jego ujęcie, bądź nie, nie miało żadnego wpływu na możliwość wykonania zamówienia.

Odnosnie zarzutu nie wykazania w wykazie sprzętu pralek do prania mopów, co zdaniem Odwołującego uniemożliwia prawidłowe wykonanie zamówienia, Izba stwierdziła, że w odpowiedzi na pytania wykonawców przekazane w dniu 22.12.2011 r. (pytanie nr 49, 50, 51). Zamawiający oświadczył, że kwestia sposobu prania mopów nie wchodzi w zakres przedmiotu zamówienia, a jest tylko czynnością pomocniczą i w związku z tym sposób jego realizacji jest pozostawiony inwencji wykonawcy. Może on tę czynności wykonywać sam w swoim zakresie, bądź tą usługę zlecać innemu podmiotowi zewnętrznemu. Może również zamiast prania dokonywać zakup nowych mopów. Tym samym zarzut ten zdaniem Izby nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie kolejnego zarzutu, dotyczącego konieczności odrzucenia oferty, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp gdyż wybrany wykonawca w swojej ofercie nie przewidział wszystkich środków niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, Izba ustaliła, że zarzut nie zapewnienia preparatu do dezynfekcji promienników lamp bakteriobójczych, nie potwierdził się. Zamawiający zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SIWZ pkt 27c wymagał dołączenia do oferty wykazu środków do dezynfekcji promienników lamp bakteriobójczych. W odpowiedzi na pytanie nr 28 Zamawiający poinformował wykonawców, że nie dopuszcza samego alkoholu skażonego jako środka czyszczącego promienniki lamp, jednakże zakazał stosowania preparatów wytworzonych na bazie skażonego alkoholu. Izba ponadto ustaliła, że wybrany wykonawca zaoferował do dezynfekcji promienników lamp bakteriobójczych środki wymienione w wykazie zawartym na stronach 390 do 397 w punktach 3 i 5. Środki te nie są produkowane na bazie alkoholu skażonego. Zarzut ten nie znalazł potwierdzenia.

Odnosnie zarzutu nie zaproponowania preparatów do dezynfekcji w myjniach-dezynfektorach Izba ustaliła, że w pozycji nr 25 (str. 397 oferty) wykazu środków myjących i dezynfekcyjnych, wykonawca Spółdzielnia Inwalidów Naprzód zaproponowała preparat o nazwie Sekumatic FKS, który spełnia wymogi do realizacji tej usługi.

Podobnie również nie znajduje potwierdzenia zarzut nie zaoferowania środka do mycia i konserwacji powierzchni drewnianych oraz nie zaoferowania środka do wstępnego

czyszczenia podłóg drewnianych. W tym zakresie Izba ustaliła, że w zakresie środków do mycia i konserwacji powierzchni drewnianych wykonawca zaoferował środek wymieniony w punkcie 27, a odnośnie środków do konserwacji podłóg zaoferował środki wymienione w punkcie 2.7.8 wyżej wymienionego wykazu.

Tym samym zarzut naruszenia przez wykonawcę - Przystępującego art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy nie potwierdził się.

Odnosząc się do powyższych ustaleń i rozstrzygnięć Izba stwierdza, 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 i dalszą pozycję na listach rankingowych oceny i wyboru ofert, nie są w stanie w żaden sposób sprawdzić, czy oferta wygrywająca, a także poprzedzająca danego wykonawcę 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 uznk.

Również zamawiający często odmawiają odtajnienia zastrzeżonych części ofert- z reguły „na wszelki wypadek”, żeby nie narazić się na zarzuty ze strony wykonawcy, jak również po to, żeby uniknąć skutecznego wniesienia odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednakże zasadne jest stwierdzenie, że prawo do kontroli prawidłowości postępowania poprzez wnoszenie odwołań przez wykonawców jest bardzo ważną częścią systemu prawa zamówień publicznych, zapobiegającą dowolności zamawiających przy wyborze najkorzystniejszej oferty.

Wobec ustalenia, że zastrzeżone przez wykonawcę dokumenty nie mają indywidualnego charakteru i nie zawierają niepowtarzalnych danych o charakterze technologicznym, organizacyjnym, nie stanowią know-how, stworzonego specjalnie na potrzeby niniejszego postępowania, Izba oprócz nakazania odtajnienia zastrzeżonej części oferty Przystępującego, nakazała również unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż tylko w taki sposób wykonawca który stwierdzi nieprawidłowości w zastrzeżonej części oferty wybranego wykonawcy, będzie mógł w tym zakresie wnieść odwołanie do KIO.

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) i 2b) 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