

Sygn. akt: KIO 791/11

POSTANOWIENIE
z dnia 27 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Członkowie Paweł Trojan

Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 27 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Spółka komandytowa, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Radomiu, ul. Juliana Aleksandrowicza 5, 26-617 Radom**

przy udziale wykonawcy **Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie, Żabiniec 46, 31-215 Kraków**, zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Odrzuca odwołanie**
- 2. kosztami postępowania obciąża Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Spółka komandytowa, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel Cleaning Sp. z o.o., ul.**

- Ślężna 118, 53-111 Wrocław, Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Spółka komandytowa, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **1 200 zł 00 gr** (słownie: tysiąc dwieście złotych zero groszy) przez wykonawcę wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Spółka komandytowa, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** na rzecz zamawiającego **Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Radomiu, ul. Juliana Aleksandrowicza 5, 26-617 Radom**, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu 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., nr 113, poz. 759 ze zmianami) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Radomiu**.

Przewodniczący:

Członkowie

.....

UZASADNIENIE

W dniu **15 kwietnia 2011 roku** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawa Pzp” wpłynęło odwołanie (przesłane na ESP) złożone przez wykonawcę Konsorcjum: **Impel Cleaning sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (lider) oraz Hospital Serwis Partner sp. z o.o. sp. komandytowa z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Radomiu** w trybie przetargu nieograniczonego na *Kompleksowe specjalistyczne utrzymanie czystości, dekontaminację pomieszczeń i sprzętów, transport wewnętrzny, czynności pomocowe oraz utrzymanie terenów zewnętrznych w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym w Radomiu*. Odwołanie wniesiono na dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz na zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum Impel.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie oferty Wykonawcy: Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie
- 2) art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp 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 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty Wykonawcy: Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie.

Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

- 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 i 8 ustawy Pzp.

Odwołujący oświadczył, iż ma interes prawny w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ oferta Odwołującego została uznana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza w postępowaniu.

W uzasadnieniu podniesiono, że w dniu 06 kwietnia 2011 r. Odwołujący otrzymał zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty (pismo Zamawiającego z dnia 06 kwietnia 2011r. przesłane Odwołującemu faksem). Odwołujący nie może zgodzić się z dokonaną

przez Zamawiającego oceną oferty Wykonawcy: Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie.

Oferta Wykonawcy Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie winna być odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy Pzp z uwagi, iż Wykonawca zastrzegł wadliwie część oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zasada jawności w systemie zamówień publicznych jest jedną z najważniejszych zasad, które należy uwzględniać w trakcie przygotowywania oraz przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W procesie udzielania zamówienia zasada jawności przejawia się dwojako: przez upublicznienie chęci udzielenia określonego rodzaju zamówienia oraz w jawności całej dokumentacji w tymże postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zasadę jawności postępowania wyraża art. 8 ustawy Pzp. Postępowanie o zamówienie publiczne jest jawne, dlatego każde naruszenie zasady jawności przyczynia się do wadliwości postępowania i w efekcie może prowadzić do jego unieważnienia.

Ustawa wprowadzając generalną zasadę jawności, również w stosunku do złożonych ofert, czyni jednak zastrzeżenie, iż zamawiający nie może ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca składając ofertę, zastrzeże w odniesieniu do tych informacji, że nie mogą być one ogólnie udostępnione (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp). Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. 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. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: • ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, • nie została ujawniona do wiadomości publicznej, • podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (sygn. akt I CKN 304(00, OSNC 200t Nr 4, poz. 59).

Ocena, czy dowolna informacja zastrzeżona przez wykonawcę stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, podobnie jak wszystkie inne czynności w postępowaniu, jest obowiązkiem Zamawiającego wyrażonym w przepisie art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp (podobnie: wyrok KIO z dnia 1 sierpnia 2008 r. - sygn. akt: KIO/UZP 745/08; wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2008 r. - sygn. akt: KIO/UZP 595/08). Zaniechanie odtajnienia części oferty uniemożliwia Odwołującemu ocenę, czy Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, jak również czy treść oferty złożonej przez Wykonawcę odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W dniu **18 kwietnia 2011 roku** na podstawie art. 185 ust 2 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca **Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie** wnosząc o odrzucenie odwołania względnie o jego oddalenie w całości.

Wskazując interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której się przystępuje wykonawca oświadczył, że posiada interes faktyczny i prawny w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, ponieważ oferta Spółdzielni jest ofertą ważną, niepodlegającą odrzuceniu, a w przypadku uwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołań wniesionych przez Spółdzielnię w dniu 15 kwietnia 2011 r. oferta Spółdzielni byłaby ofertą najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu i miałyby on możliwość pozyskania przedmiotowego zamówienia.

Przystępujący do odwołania wskazał, że otrzymał od Zamawiającego kopię odwołania oraz wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia odwołania w dniu 15 kwietnia 2011 r.

W toku posiedzenia Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołanie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a Zamawiający podzielił jego stanowisko.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści ogłoszenia o udzieleniu zamówieniu, ofert złożonych w postępowaniu, stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w pismach procesowych, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba uznała zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych w petitum odwołania dotyczące zaniechania odtajnienia części oferty Przystępującego zastrzeżonej przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, za spóźnione w świetle dyspozycji art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp, który stanowi, iż wobec czynności innych niż wymienione w przepisach wcześniejszych (np. zaniechania udostępnienia informacji, która nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i jako taka winna w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jawna), odwołanie 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 odniesieniu do tzw. odtajnienia oferty, przy obliczaniu terminu na wniesienie odwołania związanego z zaniechaniem takiej czynności zasadniczą trudnością jest określenie daty rozpoczęcia jego biegu. Powyższe związane jest z ogólnym brakiem w ustawie jakiegokolwiek dookreślenia czy wskazania tego typu czynności, ich formy czy stosownego momentu ich dokonania i poinformowania o powyższym wykonawców. Praktyka odtajniania części ofert nie stanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa, a więc w sposób

nieuprawniony zastrzeganych przez wykonawców zamiast odrzucania tego typu ofert ustaliła się dopiero po uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r., III CZP 74/05. Sąd Najwyższy w swoim orzeczeniu wskazał jedynie na bezskuteczność zastrzeżenia możliwości ujawniania informacji, które w rzeczywistości tajemnicą przedsiębiorstwa nie są i w konsekwencji na jawność takich informacji na ogólnych zasadach dostępności np. do ofert w postępowaniu. Nie wskazał natomiast na żadne czynności zamawiającego, tj. w jakim czasie i w jaki sposób skuteczność owego zastrzeżenia ma weryfikować i jak winien poinformować o tym wykonawców.

Zamawiający nie jest więc w żaden sposób zobowiązany do dokonywania jakichkolwiek formalnych czynności w tym zakresie, poza udostępnianiem informacji, które tajemnicą przedsiębiorstwa nie stanowią niezależnie czy zostały zastrzeżone przez wykonawcę. W szczególności zamawiający nie jest zobowiązany do zawiadamiania o powyższym w ramach informacji o wyniku postępowania (brak tego typu wymagań w zakresie normowania art. 92 Pzp). Jak słusznie zauważył Przystępujący na posiedzeniu – zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty nic nie zmienia w tym przedmiocie.

Tym samym za zasadny należy przyjąć najwcześniejszy możliwy termin w jakim zamawiający zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach mógł zweryfikować, a wykonawcy mogli się o jego ustalenia w tym przedmiocie oraz woli dalszego postępowania z ofertą w tym zakresie dowiedzieć. Takim terminem w niniejszym postępowaniu jest moment otwarcia ofert. Od tej chwili wykonawcy mogli zwrócić się do zamawiającego o udostępnienie ofert konkurencji i w ten sposób sprawdzić w jaki sposób zamawiający wskazaną tajemnicę przedsiębiorstwa w ofertach ocenił. Izba przychyliła się do stanowiska zawartego w wyroku z dnia 9 września 2010 roku w sprawie o sygn. akt. 1851/10, że ewentualna odmowa udostępnienia zastrzeżonej części oferty z powołaniem się na jeszcze niedokonaną ocenę charakteru zastrzeżonych informacji jest równoważna z respektowaniem zastrzeżenia.

Argumentami przemawiającymi za prawidłowością stanowiska przesądzającego o konieczności jak najszybszego weryfikowania tajemnicy przedsiębiorstwa i decyzji zamawiających w tym przedmiocie przez wykonawców, są ewentualne następstwa procesowe zbyt późnego podjęcia tej kwestii na drodze odwołania, w szczególności dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. W takim przypadku wykonawca składający odwołanie dotyczące nieudostępnienia oferty konkurenta i jednocześnie w związku z nieznaną jej treścią nie mogąc sformułować poprawnego zarzutu w stosunku do oferty wybranej, skazuje się na oddalenie odwołania w związku z dyspozycją art. 192 ust. 2 Pzp. Potwierdzenie zarzutu naruszenia art. 8 ustawy nie będzie miało w takiej sytuacji żadnego wpływu na wynik postępowania, choćby z tego względu, iż nawet w wyniku następczego odtajnienia kwestionowanych informacji, wykonawca pozbawiony już będzie

możliwości wniesienia odwołania z ich wykorzystaniem, ze względu na upływ terminu do zakwestionowania wyboru najkorzystniejszej oferty. W przeciwieństwie do dyspozycji art. 182 ust. 3, termin odwołania na zasadach określonych w art. 182 ust. 1 liczy się od daty podjęcia czynności (przesłania informacji o czynności), a nie powzięcia informacji o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania.

Tym samym odwołanie należało odrzucić na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania, zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie przedłożonego rachunku w wysokości 1 200 zł (słownie: tysiąc dwieście złotych) obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....