

WYROK

z dnia 4 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 marca 2012 r. przez **Spółdzielnię Inwalidów "Naprzód" w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Wojewódzki w Łomży im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego, Al. Piłsudskiego 11, 18-404 Łomża,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel Cleaning sp. z o.o., Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Sp. k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Spółdzielnię Inwalidów "Naprzód" w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Spółdzielnię Inwalidów "Naprzód" w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Spółdzielni Inwalidów "Naprzód" w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel Cleaning sp. z o.o., Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Sp. k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące

sześćset złotych zero gorszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione 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. 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 Łomży**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Szpital Wojewódzki w Łomży im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest wykonanie kompleksowych usług czystościowo - porządkowych, dezynfekcyjnych, dezynsekcyjnych i deratyzacyjnych, transportu wewnętrznego i czynności pomocniczych w oddziałach szpitalnych Szpitala Wojewódzkiego w Łomży.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 31 stycznia 2012 roku, poz. 2011/S 20-032531. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 23 marca 2012 r. Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, wskazując na naruszenie przez Zamawiającego art. 8 ust 1-3 Prawa zamówień publicznych wobec zaniechania udostępnienia ofert oraz odtajnienia części zastrzeżonych ofert wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ever Grupa Sp. z o.o. i Propel System Sp. z o.o. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel Cleaning Sp. z o.o. i Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Spółka Komandytowa, pomimo, że postępowanie prowadzone winno być z zachowaniem zasady jawności a utajnione części ofert w/w wykonawców nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący oświadczał, iż ma interes prawny w złożeniu odwołania, ponieważ Zamawiający zobowiązany jest do prowadzenia postępowania zgodnie z zasadą jawności, a zaniechanie udostępnienia i odtajnienia ofert przez Zamawiającego uniemożliwia Odwołującemu ocenę, czy Wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jak również czy treść złożonych ofert odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podnosił, że w dniu 22 marca 2012 r. zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie ofert uczestników w/w postępowania przetargowego, i w dniu 23 marca 2012 r. Pracownik Spółdzielni Inwalidów Naprzód stanął u Zamawiającego celem dokonania czynności wglądu do ofert uczestników postępowania. Zamawiający odmówił dokonania w/w czynności, dodatkowo informując pismem z dnia 23 marca 2012 r., iż jest na etapie wyjaśniania zasadności utajnienia dokumentów w złożonych ofertach i udostępni dokumenty natychmiast po wyjaśnieniu sprawy, o czym poinformuje wykonawców. Zdaniem Odwołującego, zaniechanie przez Zamawiającego udostępnienia ofert wykonawców wraz z zaniechaniem odtajnienia

części ofert bezprawnie zastrzeżonych stanowi poważne naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych. Odwołujący wskazywał, że zasada jawności w systemie zamówień publicznych jest jedną z najważniejszych zasad, które należy uwzględnić w trakcie przygotowywania oraz przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji wnosił o nakazanie Zamawiającemu: udostępnienia ofert oraz odtajnienia części zastrzeżonych ofert uczestników niniejszego postępowania wskazanych przez Zamawiającego pod nazwami wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ever Grupa Sp. Z o.o. i Propel System Sp. z o.o. i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel Cleaning Sp. z o.o. i Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Spółka Komandytowa.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienia:

- w dniu 28 marca 2012 r. - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Impel Cleaning Sp. z o.o. i Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Spółka Komandytowa,
- w dniu 29 marca 2012 r. - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Ever Grupa Sp. z o.o., Propel System Sp. z o.o., wskazując, że mają „interes prawny w prawidłowym rozstrzygnięciu przetargu”.

Pismem z dnia 4 kwietnia 2012 r. (doręczonym Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w tym samym dniu, przed otwarciem posiedzenia) Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu i poinformował o odtajnieniu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofertach.

W dniu 4 kwietnia 2012 r., na posiedzeniu, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Impel Cleaning Sp. z o.o. i Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Spółka Komandytowa, w trybie art. 186 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

II. W pierwszej kolejności Izba zbadała skuteczność przystąpień. W konsekwencji uznała, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Ever Grupa Sp. z o.o., Propel System Sp. z o.o. nie przystąpili skutecznie do postępowania odwoławczego i tym samym nie stali się uczestnikami postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 185 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Ever Grupa Sp. z o.o., Propel System Sp. z o.o. zgłaszając przystąpienie, wskazali, że mają „interes prawny w prawidłowym rozstrzygnięciu przetargu”. Izba stwierdziła, że interesu „aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze

stron”, o którym mowa w przywołanym wyżej przepisie, nie można utożsamiać z interesem „w prawidłowym rozstrzygnięciu przetargu”, na który powoływał się zgłaszający przystąpienie, bowiem w takim wypadku trzeba byłoby akceptować każde przystąpienie do każdej ze stron postępowania odwoławczego. Izba stoi na stanowisku, że interes w rozstrzygnięciu postępowania na korzyść jednej ze stron musi wyrażać się w spodziewanym, skonkretyzowanym wpływie rozstrzygnięcia odwołania na sytuację wykonawcy w postępowaniu, w rodzaju polepszenia jego miejsca w rankingu ofert, zwiększenia szansy na uzyskanie zamówienia. Zamawiający oświadczył, że w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ever Grupa Sp. z o.o., Propel System Sp. z o.o. nie znajdowały się dokumenty, które byłyby utajnione, a zatem rozstrzygnięcie odwołania na korzyść którejkolwiek ze stron (zarzuty dotyczyły zaniechania odtajnienia dokumentów) byłoby irrelewantne dla sytuacji zgłaszającego przystąpienie w postępowaniu Ever Grupa Sp. z o.o., Propel System Sp. z o.o., dlatego nie mogli się oni stać uczestnikami postępowania odwoławczego.

Natomiast wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Impel Cleaning Sp. z o.o. i Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Spółka Komandytowa skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (dalej: Przystępujący) – przystąpienie zgłosili w terminie i mieli interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego, broniąc słuszności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa we własnej ofercie.

W drugiej kolejności Izba zbadała, czy zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, i w konsekwencji uznała, że brak przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

W ocenie Izby odwołanie co prawda wniesiono przedwcześnie (przed wniesieniem odwołania nie została dokonana czynność Zamawiającego, na którą zgodnie z art. 180 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przysługuje środek zaskarżenia), co nie uzasadnia jednak odrzucenia odwołania, bowiem art. 189 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych nakazuje odrzucić odwołanie wyłącznie w wypadku, jeżeli zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Izba stwierdziła, że przesłanki odrzucenia odwołania należy interpretować możliwie wąsko, i choć może się wydawać, że uchybienie terminowi określonymu ustawą powinno mieć taki sam skutek bez względu na to, czy został przekroczony w ten sposób, że odwołanie złożono po upływie terminu, czy zanim termin rozpoczął swój bieg, jednak ustawodawca wyraźnie wyróżnił w przesłankach odrzucenia odwołania wyłącznie jeden ze sposobów uchybienia terminowi – złożenie odwołania po jego upływie. Ostatecznie Izba uznała, że odwołanie należy skierować na rozprawę. Wydaje się, że gdyby ustawodawca chciał zrównać skutki obu sposobów niedochowania terminu, użyłby

w art. 189 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych wyrażenia „z uchybieniem terminu”, co obejmowałyby oba sposoby niedochowania terminu, tymczasem wskazał tylko na jeden z nich, jako na przyczynę odrzucenia odwołania. W rezultacie Izba stwierdziła, że nie ma podstawy do odrzucenia odwołania.

Na rozprawie Izba z urzędu bada, czy wnoszący odwołanie ma legitymację do jego wniesienia. Zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, prawo do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Zatem, aby można było stwierdzić istnienie legitymacji do wniesienia odwołania, muszą zaistnieć łącznie dwie przesłanki: posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia i możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. O ile istnienie interesu Odwołujący wystarczająco uprawdopodobnił w odwołaniu, to Izba z urzędu stwierdziła brak drugiego elementu – możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Powyższe wiąże się z wspomnianym już brakiem czynności Zamawiającego, i przedwczesnym wniesieniem odwołania.

Izba mianowicie ustaliła, co następuje:

1. W odpowiedzi na pytanie składu orzekającego, w jaki sposób Zamawiający zareagował na pytanie Odwołującego o możliwości wglądu do ofert, Zamawiający oświadczył, że w piśmie z dnia 20 marca 2012 r. (kopia pisma – oraz innych pism przywołanych w niniejszym uzasadnieniu - w aktach sprawy) poinformował Odwołującego, że zwróci się do wykonawcy, który zastrzegł w ofercie informacje jako tajne, o uzasadnienie tego faktu, a po otrzymaniu odpowiedzi podejmie stosowne kroki zmierzające do wyjaśnienia sprawy.
2. Izba ustaliła, że 23 marca 2012 r. zostało wniesione odwołanie, a Zamawiający 27 marca 2012 r. zwrócił się do Konsorcjum Impel o uzasadnienie, dlaczego niektóre dokumenty zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorca. Pismem z dnia 29 marca 2012 r. Konsorcjum Impel poinformowało o zasadności zastrzeżenia tajemnicy w części dokumentów, jednocześnie podjęto decyzję w tymże piśmie o odtajnieniu niektórych dokumentów.
3. Zamawiający oświadczył, że po otrzymaniu pisma z wyjaśnieniami nadal analizował zasadność tajemnicy przedsiębiorstwa i przeszedł do szczegółowego badania zasadność jej zastrzeżenia. W konsekwencji w dniu 3 kwietnia 2012 r. podjął decyzję o pozostawieniu jako zastrzeżone w dwóch ofertach Odwołującego i Przystępującego następujących dokumentów (trzeci z wykonawców, który złożył ofertę - Konsorcjum Ever nie zastrzegło

w swojej ofercie żadnych informacji jako tajne): opis technologii usług, metody i środki stosowane w zabiegach deratyzacji i koncepcja wykonania usługi.

4. Niezależnie od powyższego Zamawiający, będąc nadal w trakcie wykonywania czynności badania i oceny ofert, badał nadal zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa pod kątem jego prawidłowości szczegółowo, zapoznając się z dokumentami złożonymi jako tajne i analizując orzecznictwo KIO. Zamawiający doszedł do wniosku, iż z analizy oferty Odwołującego i Przystępującego wynikało, że nie ma w nich elementów wyjątkowych. Rzeczywiście oferty są przygotowane dla konkretnego szpitala, ale jest to cecha ofert składanych z postępowania, ponieważ odpowiadają one oczekiwaniom Zamawiającego. Zamawiający wobec tego ma prawo podejrzewać, że rzeczywistym celem utajnienia informacji było uniemożliwienie zapoznania się z pełną treścią oferty wykonawcy, którzy złożyli oferty konkurencyjne. Dlatego Zamawiający w dniu 4 kwietnia 2012 r. podjął decyzję o uwzględnieniu odwołania w całości i odtajnieniu wszystkich dokumentów w złożonych ofertach.

Na podstawie powyższych ustaleń, Izba stwierdziła, co następuje:

Skoro odwołanie, stosownie do art. 180 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, nie można wnieść odwołania na czynność dokonaną przez innego wykonawcę, a nie przez Zamawiającego. Zastrzeżenie dokumentów w ofercie przez wykonawcę jest jego decyzją i prawem, natomiast obowiązkiem Zamawiającego jest zbadanie skuteczności i celowości takiego zastrzeżenia. Obowiązek ten nie został nałożony wprost ustawą, jednak jego istnienie jest niepodważane zarówno przez orzecznictwo sądowe (uchwała SN z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05), jak Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z dnia 31 marca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 338/09, i inne). Oczywiście jest, że Zamawiający, aby dokonać rzetelnego badania skuteczności zastrzeżenia potrzebuje odpowiedniego czasu – mało prawdopodobne jest, że wiążących ustaleń w tym zakresie będzie można dokonać tuż po otwarciu ofert. Konieczna może być wymiana korespondencji z wykonawcą, który utajnił dokumenty oraz analiza każdego dokumentu, który został zastrzeżony jako tajny. Tak więc Izba stwierdziła, że Zamawiający wyraźnie, odpowiadając na wniosek wykonawcy o udostępnienie ofert do wglądu wskazał, że trwa badanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy. Następnie sukcesywnie ujawniał kolejne dokumenty, aby w dniu 4 kwietnia br. ujawnić całość. Działania Zamawiającego były rozciągnięte w czasie, ale z tej okoliczności nie można czynić mu zarzutu, bowiem na ostateczną decyzję w tym zakresie Zamawiający ma w ocenie Izby czas do momentu wyboru oferty najkorzystniejszej. Badanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest

jednym z etapów czynności badania i oceny ofert. Gdyby Zamawiający odpowiadając na wezwanie Odwołującego do udostępnienia dokumentów, wyraźnie wskazał, że zakończył już badanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i odmawia jej ujawnienia, to wówczas rozpoczęłyby się bieg terminu do wniesienia odwołania. Skoro podstawą do wniesienia odwołania może być wyłącznie sprzeczna z przepisami czynność (zaniechanie) Zamawiającego, to termin na wniesienie odwołania na zaniechanie ujawnienia dokumentów zastrzeżonych w ofercie jako tajne, biegnie bądź od dnia poinformowania przez Zamawiającego, iż uznaje tajemnicę za zastrzeżoną skutecznie, bądź od dnia ogłoszenia wyniku postępowania. Żaden z tych terminów nie rozpoczął biegu - w ocenie Izby - przed wniesieniem odwołania. Powyższe nie stoi w sprzeczności z zasadą, że oferty są jawne z chwilą ich otwarcia (art. 96 ust. 3 Prawa zamówień publicznych) – zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest prawem wykonawcy i wyjątkiem od obowiązującej reguły jawności ofert; stąd też odpowiedni tryb postępowania, i konieczność badania przez Zamawiającego skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ponadto Izba zauważa, że odwołanie nie może zostać uwzględnione ze względu na przepis art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, a to dlatego, że uwzględnienie podniesionych zarzutów nie będzie miało wpływu na wynik postępowania. Odwołujący wnosił w odwołaniu o odtajnienie dokumentów zastrzeżonych jako tajne, co Zamawiający w dniu 4 kwietnia 2012 r. uczynił.

Wobec powyższych okoliczności orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....