

Sygn. akt: KIO 968/11

WYROK
z dnia 17 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Impel Cleaning Sp. z o. o. Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. sp.k., 53 – 111 Wrocław, ul. Ślężna 118** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 1 im. prof. J. Gasińskiego, 43 – 100 Tychy, ul. Edukacji 102**

przy udziale wykonawcy **Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie Oddział w Łodzi, 91 – 203 Łódź, ul. Traktorowa 141/143** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 968/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu bezzwłoczne dokonanie czynności zbadania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę - Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie Oddział w Łodzi .

2. Kosztami postępowania obciąża **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 1 im. prof. J. Gasińskiego, 43 – 100 Tychy, ul. Edukacji 102i:**

2.1. zalicza 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 **Konsorcjum: Impel Cleaning Sp. z o. o. Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. sp.k., 53 – 111 Wrocław, ul. Ślężna 118**, tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od **Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego nr 1 im. prof. J. Gasińskiego, 43 – 100 Tychy, ul. Edukacji 102** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Impel Cleaning Sp. z o. o. Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. sp.k., 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 (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 1 imienia Profesora Józefa Gasińskiego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Kompleksowa usługa utrzymania czystości z uwzględnieniem dezynfekcji w obiektach szpitala, transportu wewnątrzszpitalnego, współdziałania z personelem medycznym w zakresie opieki nad pacjentem, utrzymania porządku na terenach zielonych okalających budynki, drogach dojazdowych i chodnikach wraz z przejściem pracowników Zamawiającego na podstawie art. 231 KP w obiektach szpitalnych WSS Nr 1 w Tychach”. Ogłoszenie ukazało się w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 3 marca 2011 roku pod numerem 2011/S 43 – 070806.

W dniu 27 kwietnia 2011 r., Odwołujący, podczas otwarcia ofert złożonych w postępowaniu przetargowym, powziął wiadomość o zastrzeżeniu przez Wykonawcę Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie informacji w ofercie jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący uznał, iż Zamawiający bezprawnie zaniechał udostępnienia oferty Wykonawcy: Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie. W dniu 5 maja 2011 roku Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie części oferty złożonej przez Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, w której zostały zastrzeżone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający w dniu 6 maja 2011 roku przekazał Odwołującemu powiadomienie, że decyzja w sprawie udostępnienia treści informacji (zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa) zawartych w ofercie złożonej przez Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie zostanie przekazana Odwołującemu po dniu 16 maja 2011 roku.

Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, 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, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty Wykonawcy: Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu odtajnienia oferty Wykonawcy: Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie oraz nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Wykonawcy: Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 8 ustawy prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Odwołującego, oferta Wykonawcy Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie winna być odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy prawo zamówień publicznych z uwagi na fakt, iż Wykonawca zastrzegł wadliwie część oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący podkreślił, iż 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.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. W odpowiedzi podniósł, iż w jego ocenie Odwołujący nie wskazał czynności lub zaniechania przez zamawiającego czynności do której był zobowiązany. Wskazał także na fakt, iż Odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania, gdyż nie wykazał możliwości poniesienia szkody na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, co jest obligatoryjne dla skutecznego złożenia środka ochrony prawnej.

Do niniejszego postępowania przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie.

Po ustaleniu na posiedzeniu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Postępowanie o zamówienie publiczne jest jawne. Zasada jawności w systemie zamówień publicznych jest jedną z podstawowych zasad, które należy uwzględnić w trakcie przygotowywania oraz przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zasadę jawności postępowania wyraża art. 8 ustawy prawo zamówień publicznych. W procesie udzielania zamówienia zasada jawności przejawia się zarówno poprzez upublicznienie informacji o zamiarze udzielenia zamówienia, rozpoczęciu procedury, oraz w jawności całej dokumentacji w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia. Każde naruszenie zasady jawności przyczynia się do wadliwości postępowania.

Ustawa wprowadzając generalną zasadę jawności, również w stosunku do złożonych ofert, zastrzega, 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).

Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 21 października 2005 roku (sygn. akt III CZP 74/05) to na zamawiającym spoczywa obowiązek zbadania, czy zastrzeżenie dokonane przez wykonawców jest zgodne z prawem. Zatem dokonanie oceny, czy dowolna informacja zastrzeżona przez wykonawcę stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jest obowiązkiem Zamawiającego, wyrażonym w przepisie art. 8 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający winien przeprowadzić stosowne postępowanie wyjaśniające, zmierzające do ustalenia czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Chociaż ustawodawca nie zastrzegł terminu na dokonanie przez Zamawiającego takiej czynności, w niniejszej sprawie nie ulega wątpliwości, że biorąc pod uwagę art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, iż treść ofert jest jawna od chwili otwarcia, Zamawiający bezzwłocznie winien dokonać czynności ustalenia i wyjaśnienia czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odmawianie przez Zamawiającego zajęcia stanowiska w przedmiocie odtajnienia części oferty Wykonawcy Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, lub – jak w niniejszej sprawie - pozorne wskazywanie terminu jej dokonania (bowiem stwierdzenie, że decyzja zostanie podjęta przez Zamawiającego po 16 maja 2011 roku jest w rzeczywistości brakiem określenia terminu, do którego decyzja ma zostać podjęta odłożeniem czynności na czas nieokreślony) stanowi zaniechanie dokonania czynności ustalenia czy klauzula tajemnicy przedsiębiorstwa została słusznie nałożona na część oferty wykonawcy Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie. Odwołujący w niniejszym postępowaniu dwukrotnie zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie treści ofert wykonawców (w dniu 29 kwietnia i 5 maja 2011 roku). Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu części oferty Wykonawcy Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Otwarcie ofert w niniejszym postępowaniu miało miejsce w dniu 27 kwietnia 2011 roku. Zamawiający nie dokonał żadnych ustaleń w kwestii utajnienia części oferty Wykonawcy Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie do dnia rozprawy. Co więcej, stwierdzenie Zamawiającego, iż „decyzja w zakresie udostępnienia treści informacji zawartych na stronach 111-151 stanowiących część zastrzeżonych oferty złożonej przez Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie zostanie przekazana Odwołującemu po dniu 16 maja 2011 roku może budzić uzasadnioną obawę, gdyż Zamawiający wyznaczył termin nieokreślony, (jednakże dłuższy niż 10 dni) w ciągu których mógłby upłynąć przysługujący wykonawcy termin na wniesienie odwołania w zakresie odmowy uzyskania wglądu do całej oferty

konkurencyjnej. Izba uznała, iż badanie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi element badania oferty. W niniejszym przypadku jednak zachodzi sytuacja szczególna. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o umożliwienie zapoznania się z treścią oferty Przystępującego, złożoną w tym samym postępowaniu.

Nieuprawnione jest zatem stwierdzenie Zamawiającego, iż Odwołujący nie wskazał naruszenia określonej czynności przez Zamawiającego, wynikającej z ustawy. Odwołujący wskazał na odmowę dokonania przez Zamawiającego czynności udostępnienia oferty Wykonawcy Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, a zatem naruszenie art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Izby stan faktyczny w niniejszej sprawie, w szczególności brak zajęcia stanowiska w kwestii słuszności nałożenia klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa na część informacji w ofercie Wykonawcy Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie, potwierdza, iż Zamawiający zaniechał dokonania zbadania i oceny oferty Przystępującego w powyższym zakresie, do czego Zamawiający jest zobowiązany. Wskazywanie terminu zajęcia stanowiska w nieokreślonej przyszłości może rodzić przypuszczenie, iż Zamawiający nie dokona takiej czynności.

W konsekwencji Izba wskazała w treści sentencji, iż Zamawiający obowiązany jest do dokonania czynności, której zaniechał, a więc badania, czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba uznała, iż Zamawiający winien dokonać tej czynności bezzwłocznie.

W świetle powyższego, Izba uznała, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jawność ofert od chwili ich otwarcia, zatem każdy wykonawca ma prawo wglądu do ofert wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. W niniejszym postępowaniu Odwołujący spotkał się z brakiem zajęcia jakiegokolwiek stanowiska przez Zamawiającego, brakiem informacji, w jakim terminie będzie miał możliwość zapoznania się z treścią ofert innych wykonawców. Zatem należy uznać, iż Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania Wykonawców, gdyż pozbawił Odwołującego podstawowego uprawnienia – możliwości zapoznania się z treścią ofert od chwili ich otwarcia. Jednocześnie naruszenie przez Zamawiającego zasad prowadzenia postępowania mogłoby spowodować powstanie szkody u Odwołującego, gdyż mogłoby uniemożliwić skuteczne zaskarżenie wyboru oferty złożonej przez Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, gdyby ta oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Izba nie uwzględniła zarzutu w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty Wykonawcy Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie. W ocenie Izby, zastrzeżenie informacji w ofercie przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty przez Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący: