

WYROK
z dnia 13 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 listopada 2015 r.** w Warszawie odwołania z dnia **29 października 2015 r.** wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Clar System S.A. z siedzibą w Poznaniu, ul. Janickiego 20B, 60-542 Poznań (pełnomocnik) i [2] Hospital System Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Włocławku im. błogosławionego księdza Jerzego Popiełuszki, ul. Wieniecka 49, 87-800 Włocławek,**

przy udziale

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Impel Cleaning sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław (pełnomocnik) i [2] Hospital Service „Company” Sp. z o.o. Sp. K z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszających przystąpienie po stronie **zamawiającego**

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] DGP Clean Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, ul. Najświętszej Marii Panny 5E, 59-220 Legnica [pełnomocnik], [2] Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Gdyńska 54, 61-016 Poznań, [3] Seban Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, ul. Jesionowa 9 A, 40-159 Katowice** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Clar System S.A. z siedzibą w Poznaniu, ul. Janickiego 20B, 60-542 Poznań (pełnomocnik) i [2] Hospital System Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Clar System S.A. z siedzibą w Poznaniu, ul. Janickiego 20B, 60-542 Poznań (pełnomocnik) i [2] Hospital System Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Clar System S.A. z siedzibą w Poznaniu, ul. Janickiego 20B, 60-542 Poznań (pełnomocnik) i [2] Hospital System Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Impel Cleaning sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław (pełnomocnik) i [2] Hospital Service „Company” Sp. z o.o. Sp. K z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszających przystąpienie po stronie **zamawiającego** stanowiącej uzasadnione koszty wykonawców poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, 478 i 605) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. błogosławionego księdza J. Popiełuszki we Włocławku, ul. Wieniecka 49, 87-800 Włocławek wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Usługi sprzętania oraz transportu wewnątrzszpitalnego«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 15.08.2015 r. pod nrem 2015/S 157-28047.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, 478 i 605) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił 19.10.2015 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] DGP Clean Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, ul. Najświętszej Marii Panny 5E, 59-220 Legnica [pełnomocnik], [2] Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Gdyńska 54, 61-016 Poznań, [3] Seban Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, ul. Jesionowa 9 A, 40-159 Katowice.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia [1] Clar System S.A. z siedzibą w Poznaniu, ul. Janickiego 20B, 60-542 Poznań (pełnomocnik) i [2] Hospital System Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 29.10.2015 r. do Prezesa KIO odwołanie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- I) art. 7 ust. 1 i ust 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 Pzp w zw. 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 ze zm.) przez bezpodstawne:
 - 1) uznanie, że zastrzeżone jako poufne:
 - a) część oferty oraz wyjaśnienia co do treści oferty w zakresie podstaw zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług w zakresie oferowanych usług pomocniczych przy pacjencie stanowiących część

przedmiotu zamówienia złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] Impel Cleaning sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław (pełnomocnik) i [2] Hospital Service „Company” Sp. z o.o. Sp. K z siedzibą we Wrocławiu (dalej – wykonawca Impel)

b) część oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „Izan +” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Medassist Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz Naprzód Service Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej – wykonawca Naprzód)

– stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tych wykonawców w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej – uznk), podczas gdy zastrzeżone przez tych wykonawców jako poufne części oferty lub wyjaśnienia nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu tego przepisu;

2) zaniechanie odtajnienia bezpodstawnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień lub części ofert wykonawców:

a) Impel,

b) Naprzód;

II) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu; DGP Clean Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy; Seban Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (dalej – wykonawca DGP), pomimo że wykonawca ten złożył ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

III) art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy DGP, pomimo że wykonawca ten złożył ofertę, która zawiera błąd w obliczeniu ceny, ewentualnie:

naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez jego niezastosowanie,

IV) art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 lub 6 Pzp w zw. z art. 18, art. 87 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy DGP pomimo nieudzielenia w ogóle przez tego wykonawcę wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie zastosowania zwolnienia z VAT usług pomocniczych przy pacjencie;

V) art. 90 ust. 1 Pzp przez jego niezastosowanie i niewezwanie wykonawcy DGP do złożenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo, że wystąpiły podstawy do takiego wezwania.

Odwołujący wniósł o:

- I) uwzględnienie odwołania i uchylenie skutków prawnych zaskarżonych czynności;
- II) nakazanie zamawiającemu:
 - 1) odtajnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa:
 - a) części oferty oraz wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Impel;
 - b) części oferty złożonej przez wykonawcę Naprzód;
 - 2) udostępnienia odwołującemu bezzasadnie uznawanych dotąd jako tajemnica przedsiębiorstwa części złożonych ofert oraz wyjaśnień, o których mowa w pkt 1;
 - 3) odrzucenia oferty wykonawcy DGP;
- III) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym także kosztami związanymi z dojazdem lub dojazdami na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy Izby oraz kosztami wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3,600,00 zł.

Argumentacja odwołującego

I. 1. Zamawiający 19.10.2015 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy DGP. Drugą w rankingu ofert jest oferta odwołującego, a trzecią wykonawcy Impel. Ofertą, która została oceniona, jako czwarta jest oferta wykonawcy Naprzód.

Prócz odwołującego oraz wykonawcy DGP, w postępowaniu każdy z pozostałych wykonawców ubiegających się uzyskanie zamówienia publicznego zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk część składanej przez siebie oferty lub składane w toku postępowania wyjaśnienia. Mianowicie jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa:

- 1) wykonawca Impel zastrzegł:
 - a) argumentację utajnienia, czyli uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa,
 - b) koncepcję wykonania usługi sprzątnia oraz nadzoru nad jej jakością,
 - c) zagadnienie A: procedura sprzątnia,
 - d) zagadnienie B: procedura nadzoru nad personelem wykonawcy,
 - e) zagadnienie C: zasady komunikacji z zamawiającym,
 - f) wyjaśnienia co do treści oferty w zakresie podstaw zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług w zakresie oferowanych usług pomocniczych przy pacjencie stanowiących część przedmiotu zamówienia;
- 2) wykonawca Naprzód zastrzegł:
 - a) koncepcję wykonywania usług oraz nadzoru nad jej jakością,
 - b) procedury i instrukcje.

Zgodnie z rozdziałem IV pkt 3 SIWZ, jako pozostałe dokumenty wymagane przez zamawiającego wraz z ofertą zamawiający wskazał:

- a) formularz ofertowy,
- b) formularz cenowy,
- c) szczegółowy opis przedmiotu zamówienia,
- d) koncepcja wykonywania usługi sprzątnia oraz nadzoru nad jej jakością, przy czym dokumentacja wykonawcy określająca jego koncepcję wykonywania usługi sprzątnia oraz nadzoru nad jej jakością służyć będzie do oceny ofert i będzie stanowić integralną część umowy.

Zgodnie zaś z rozdz. XII lp. 2 SIWZ Koncepcja wykonywania usługi sprzątnia oraz nadzoru na jakością (dalej – Koncepcja) stanowi treść oferty i nie będzie podlegać uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Koncepcja powinna być kompletna, to znaczy powinna uwzględniać i być zgodna z wszystkimi wymaganiami oraz warunkami zawartymi w SIWZ, w tym w szczególności z załącznikiem nr 9 – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, pod rygorem odrzucenia oferty z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Na Koncepcję składają się następujące elementy:

- a) zagadnienie A: procedura sprzątnia,
- b) zagadnienie B: procedura nadzoru nad personelem wykonawcy,
- c) zagadnienie C: zasady komunikacji z zamawiającym.

Wynika z tego, że (1) Koncepcja powinna odpowiadać wymaganiom SIWZ, co oznacza, że dokumenty składające się na Koncepcję przygotowaną przez każdego z wykonawców powinny uwzględniać te same okoliczności wynikające z treści SIWZ oraz (2) brak zgodności Koncepcji z treścią SIWZ powinien rodzić skutek w postaci odrzucenia oferty wykonawcy.

W okolicznościach postępowania dwóch spośród czterech uczestniczących w nim wykonawców zastrzegło jako poufną, na zasadzie art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uzhk, przygotowaną przez siebie Koncepcję. Oznacza to, że te same rodzajowo informacje w przypadku jednego wykonawcy wyczerpały normatywną definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, a wobec drugiego wykonawcy już nie. Tymczasem, przepis art. 8 ust. 3 Pzp stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, co determinuje konieczność jego ścieśniającej wykładni i stosowania. Co więcej na gruncie obowiązujących przepisów prawa nie jest tak, że zastrzeżenie poufności na podstawie art. 8 ust. 3 Pzp odnosi się do dokumentu w technicznym jego rozumieniu. Przedmiotem ochrony prawnej na podstawie art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uzhk jest bowiem jedynie informacja.

2. Zgodnie z rozdz. XII SIWZ:

- 1) zagadnienie A Koncepcji, tj. procedura sprzątnia powinno określać: opis kolejności wykonywania czynności sprzątnia, opis wykorzystanych środków do

- utrzymania czystości, opis sprzętu wykorzystanego do utrzymania czystości, zawierać opis poszczególnych czynności sprzątanania oraz być zgodna z SIWZ;
- 2) zagadnienie B Koncepcji, tj. procedura nadzoru nad personelem wykonawcy powinno określać: częstotliwość nadzoru nad personelem wykonującym usługę sprzątanania, opis zakresu nadzoru nad personelem wykonującym usługę sprzątanania, opis procedury zapewniania zastępstwa personelu w przypadku absencji, opis procedury reagowania na zastrzeżenia lub reklamacje zamawiającego, opis metody dyscyplinowania pracowników, opis programu naprawy i utrzymania wysokiego standardu usługi sprzątanania;
 - 3) zagadnienie C Koncepcji, tj. zasady komunikacji z zamawiającym powinno określać: wybór sposobu lub sposobów komunikacji z zamawiającym, szczegółowość opisu sposobu komunikacji z zamawiającym, częstotliwość kontaktu z zamawiającym.

Gdy zważy się na zaś na treść załącznika nr 9 do SIWZ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, stwierdzić należy, że zamawiający pozostawił wykonawcom niewielki margines swobody w zakresie treści poszczególnych części Koncepcji.

Nadto, zważyć trzeba, że Koncepcja w zakresie zagadnienia B powinna określać m.in. opis metody dyscyplinowania pracowników. W państwie prawa, a takim jest Rzeczpospolita, dyscyplinowanie pracownika nie może się zaś odbywać w inny sposób aniżeli zgodnie z przepisami prawa pracy. Konstatacja ta implikuje zaś brak podstaw do pojmowania określonej przez wykonawcę Impel bądź wykonawcę Naprzód metody dyscyplinowania pracowników w kategoriach *know-how*. Podkreślenia wymaga, że zamawiający wymaga, zgodnie z powyższym, opisu metody dyscyplinowania, a nie motywowania pracowników. Skoro zatem przypadki dopuszczające samą możliwość dyscyplinowania, jak i instrumenty dyscyplinowania pracowników określone są przepisami prawa, trudno w zakresie informacji artykułujących opis metody dyscyplinowania dopatrywać się znamion tajemnicy przedsiębiorstwa.

W okolicznościach sprawy wykonawca Impel i wykonawca Naprzód zastrzegający jako poufne części składanych przez siebie ofert postąpili w sposób sprzeczny z art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk. Zamawiający nie dostrzegając tej okoliczności oraz nie udostępniając odwołującemu tych informacji całości lub znacznej części dopuścił się naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i ust 3 Pzp w z w. z art. 8 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 96 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk.

Aby informację można było uznać za chronioną, to musi mieć ona walor stałości, reprezentatywności i być wyznacznikiem statusu czy kondycji przedsiębiorstwa. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa powinna mieć dla przedsiębiorstwa wartość

gospodarczą przynajmniej w jakimś okresie, stałą dla jego funkcjonowania i znaczenia dla rynku, np. źródła zaopatrzenia i zbytu, kooperacji, wynalazki i patenty.

Innymi słowy informacjami gospodarczymi są tylko takie informacje, które mają wpływ na wycenę przedsiębiorstwa i są istotne z punktu widzenia zdobycia kolejnego zamówienia.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp ustawodawca wymaga, aby wykonawca, który zastrzega informacje jako poufne wykazał zamawiającemu, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Powiązanie przepisu art. 8 ust. 3 Pzp z art. 11 ust. 4 uznk oznacza zatem, że wykonawcy powinni wykazać (udowodnić) zamawiającemu, że zastrzeżona przez nich część oferty wyczerpuje ustawową definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Tytułem przykładu wskazać trzeba, że jedną z kumulatywnych przesłanek kwalifikacji danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest podjęcie przez przedsiębiorcę niezbędnych działań w celu zachowania ich poufności (art. 11 ust. 4 in fine uznk). Prawodawca stanowi w tym przepisie o działaniach podjętych. Desygnat znaczeniowy tego zwrotu niewątpliwie oznacza wykonanie pewnych czynności psychofizycznych (także czynności prawnych) w tym celu, a nie jedynie ich deklarowanie. Podjęcie tych czynności powinno być zatem wykazane, a nie tylko zadeklarowane zamawiającemu.

Zamawiający, jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych, na którym ciążyą przecież ustawowo określone obowiązki, powinien był dokonać tych czynności (tj. oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa) ze szczególną starannością. W szczególności zatem zamawiający powinien dokonać oceny, z punktu widzenia hipotezy przepisu art. 8 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 4 uznk, prawidłowości zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie tylko analizując określone dokumenty jako całość, ale także jego poszczególne zwroty, wyliczenia oraz frazy. Dokument pojmowany jako przedmiot materialny, nie musi, a czasami wręcz nie może, podlegać zastrzeżeniu jako całość, lecz jedynie w określonej części. Systemowych argumentów przemawiających za koniecznością badania przez zamawiającego dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa nie tylko w aspekcie całego dokumentu jako przedmiotu materialnego, a poszczególnych informacji w nim zawartych dostarcza ustawodawca na gruncie przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej. Okoliczność tę dostrzega także Krajowa Izba Odwoławcza, która w wyroku z 08 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1064/15 i 1067/15, nakazała zamawiającemu odtajnić poszczególne informacje znajdujące się w zastrzeżonych wcześniej przez wykonawców jako poufne dokumentach. W takim samym duchu stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 07 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2184/14 i KIO 2185/14, gdzie wskazano, że nie można zgodzić się z przystępującym, że ponieważ wyjaśnienia stanowią określoną całość, to zasadne jest ich utajnienie w całości. Jak bowiem wskazano powyżej, brak jawności dokumentów składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest wyjątkiem od zasady i nie może być stosowany rozszerzająco.

Utajnienie wyjaśnień, w których w niewielkim tylko zakresie pojawiają się dane zasługujące na ochronę, jest niezgodne z przepisami ustawy. W związku z powyższym Izba nakazała zamawiającemu odtajnienie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę i, z wyjątkiem załączników do tych wyjaśnień, nazw kontrahentów oraz innych danych, które tych kontrahentów identyfikują.

Odwołujący wskazał, że „Ciężar udowodnienia zaistnienia absolutnie wyjątkowych okoliczności, uzasadniających utajnienie jawności postępowania i znajdujących oparcie w przepisach ustawy, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał oraz na zamawiającym – w przypadku, gdy nie zdecydował się on na odtajnienie informacji, których tajność zastrzegł wykonawca, powołując się na konieczność ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa (tak: KIO w wyroku z 11 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO 1535/14).

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 29.10.2015 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 30.10.2015 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

02.11.2015 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia [1] Impel Cleaning sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław (pełnomocnik) i [2] Hospital Service „Company” Sp. z o.o. Sp. K z siedzibą we Wrocławiu (dalej wykonawca Impel) złożyli (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

02.11.2015 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia [1] DGP Clean Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, ul. Najświętszej Marii Panny 5E, 59-220 Legnica [pełnomocnik], [2] Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu [3] Seban Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (dalej wykonawca DGP) złożyli (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

10.11.2015 r. zamawiający na posiedzeniu przed otwarciem rozprawy uwzględnił odwołanie. Uczestnik postępowania wykonawca DGP oświadczył do protokołu, że nie wnosi sprzeciwu natomiast uczestnik postępowania wykonawca Impel zgłosił sprzeciw w zakresie

odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, w pozostałym zakresie zgodził się z czynnością zamawiającego i nie zgłosił sprzeciwu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez przystępującego Impel (dowód nr 1) pismo obecnego odwołującego odnośnie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w innym postępowaniu, ale w podobnym zakresie, co w obecnym postępowaniu czyni przystępujący Impel – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 zdanie pierwsze Pzp wykonawca Impel zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego legitymuje się interesem. Art. 185 ust. 2 zdanie pierwsze Pzp brzmi »Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje«.

Na posiedzeniu Izby, niezwłocznie po sprawdzeniu przez Izbę kto się stawił w imieniu stron i uczestników postępowania, zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu wszystkich zarzutów, a w tym zarzutu dotyczącego niewłaściwego zaniechania ujawnienia całości oferty i wyjaśnień wykonawcy Impel oraz wykonawcy Naprzód. Złożenie takiego oświadczenia przez zamawiającego w tym momencie dało możliwość wykonawcom, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, aby złożyli sprzeciw jeszcze przed otwarciem rozprawy. Tak też się stało i wykonawca Impel złożył sprzeciw w zakresie odtajnienia informacji niejawnych, a w pozostałym zakresie wykonawca Impel zgodził się z czynnością zamawiającego i nie zgłosił sprzeciwu do uwzględnienia odwołania w tym obszarze.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie Izby, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i ust 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 Pzp w zw. 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 ze zm.) przez bezpodstawne uznanie, że zastrzeżone jako poufne części oferty i wyjaśnień wykonawcy Impel i wykonawcy Naprzód – nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 8 ust. 3 Pzp brzmi »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 oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu«. Art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z 2004 r. Nr 96, poz. 959, Nr 162, poz. 1693, Nr 172, poz. 1804, z 2005 r. Nr 10, poz. 68, z 2007 r. Nr 171, poz. 1206, z 2009 r. Nr 201, poz. 1540) brzmi »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«.

Izba stwierdza, że w sprawie nie jest sporne, że przystępujący Impel we właściwym terminie zastrzegł elementy samej oferty oraz wyjaśnień oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednak odwołujący twierdzi, że treść zastrzeżonych informacji jest na tyle oczywista – wynikająca ze specyfikacji, że nie powinna być objęta ochroną tajemnicy. Ponadto zdaniem odwołującego przystępujący Impel nie zapewnił zabezpieczenia tych informacji przed rozpowszechnieniem.

Zdaniem Izby ta treść oferty i wyjaśnień jest na tyle autorskim działaniem wykonawcy Impel, że stanowi oryginalne dzieło wykonawcy Impel mimo ograniczeń czy ukierunkowań zawartych w specyfikacji. Szczególnie staje się to widoczne przez pryzmat oceny zastrzeżonych informacji przez zamawiającego, gdyż te informacje były przedmiotem oceny w kryterium »Koncepcja nadzoru nad jakością sprzątnia (waga 10)«. Zamawiający przyznał przystępującemu Impel w tym kryterium maksymalną liczbę punktów, a odwołującemu znacznie mniej. Wynika z tego, że mimo konieczności formułowania oferty w zakresie określonym specyfikacją, to przystępujący Impel dokonał tego na tyle oryginalnie, specyficznie, że otrzymał w omawianym kryterium pozacenowym największą liczbę punktów i to znaczenie większą liczbę punktów niż odwołujący.

W związku z tym, zdaniem Izby, przystępujący Intel zasadnie zastrzegł te dane jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż mają one dla niego wartość gospodarczą – dzięki tym zastrzeżonym informacjom przystępujący Impel otrzymał większą liczbę punktów w kryterium pozacenowym.

Jednocześnie odwołujący nie wykazał, że zastrzeżone informacje posiadające wartość gospodarczą zostały gdziekolwiek ujawnione i zastrzegający nie podjął niezbędnych działań w celu zachowania poufności tych informacji. Zgodnie z art. 6 Kc, który brzmi »Ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne«, to na odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia, że wykonawca Impel nie podjął niezbędnych działań w celu zachowania poufności tych informacji, a tego odwołujący nie wykazał. Z tego wynika, że przystępujący Intel podjął właściwie działania w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji.

Czyli odwołujący nie dowiódł, że przystępujący Impel nie spełnił wymagań art. 11 ust. 4 uznk. Ponadto zdaniem Izby nie może być uwzględniony zarzut odwołującego, że procedura nadzoru nad personelem wykonawcy (oceniany element oferty) nie może być objęta tajemnicą przedsiębiorstwa ani nie może zawierać w swojej treści odmiennych treści niż sformułowane w kodeksie pracy. To tylko kary nakładane na pracowników nie mogą być odmiennie regulowane niż przepisy ustawowe – zawarte w kodeksie pracy. Jednak wykonawca może stosować cały wachlarz innych bodźców niż wskazane w przepisach kodeksu pracy, o ile tylko pracodawca nie przekracza granic przepisów prawa pracy. Ta wiedza może być również objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, a odwołujący nie wykazał, że objęcie informacji dotyczących sposobu nadzoru nad personelem narusza przepisy art. 11 ust. 4 uznk.

Ponadto odwołujący nie wykazał w odwołaniu ani podczas rozprawy naruszenia przepisów przez zamawiającego przez nieujawnienie zastrzeżonych informacji wykonawcy Naprzód.

Odwołujący nie wykazał ponadto żadnych argumentów na uwiarygodnienie zarzutu dotyczącego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę Naprzód.

Wobec powyższego w ocenie Izby, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i ust 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Izba nie wzięła pod uwagę dowodu złożonego przez przystępującego Impel, gdyż złożone pismo dotyczyło innego postępowania.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Izba stwierdza, że zestawienie kosztów dojazdu samochodem z Wrocławia na kwotę 635,20 zł nie jest to rachunek, a tylko zestawienie kosztów, co nie upoważnia Izby do zaliczenia tej sumy do kosztów postępowania.

Ponadto Izba nie zalicza do kosztów postępowania rachunku złożonego przez zamawiającego, gdyż zamawiający uwzględnił odwołanie. Miejsce zamawiającego w postępowaniu odwoławczym zajął uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw. Ten uczestnik, a nie zamawiający uwzględniający odwołanie, jest uprawniony do wnioskowania o zaliczenie do kosztów postępowania kosztów, o których mowa w § 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.

Przewodniczący: