

Sygn. akt: KIO/UZP 745/08

WYROK
z dnia 1 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska
Członkowie: Anna Packo
Marzena Teresa Ordysińska
Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie* w dniu/w dniach* 1 sierpnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Żabieniec 46, 31-215 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego, **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 2, Al. Jana Pawła II 7, 44-330 Jastrzębie Zdrój** protestu/protestów* z dnia 2 lipca 2008 r.

przy udziale **ISS Facility Services Sp. z o.o., ul. Jordanowska 2A, 04-204 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego*

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 2, Al. Jana Pawła II 7, 44-330 Jastrzębie Zdrój i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Żabieniec 46, 31-215 Kraków,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 2, Al. Jana Pawła II 7, 44-330 Jastrzębie Zdrój** a rzecz **Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Żabieniec 46, 31-215 Kraków** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Żabieniec 46, 31-215 Kraków.**

U z a s a d n i e n i e

Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 2 w Jastrzębiu Zdroju, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na „Wykonanie usługi sprzątnięcia w budynku Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego Nr 2 w Jastrzębiu Zdroju”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 16 kwietnia 2008 r., nr 2008/S 74-100402.

W dniu 23 czerwca 2008 r. tj. w dniu, w którym nastąpiło otwarcie ofert, Spółdzielnia Inwalidów „NAPRZÓD” z siedzibą w Krakowie, zwana dalej „Odwołującym” zwróciła się do Zamawiającego o udostępnienie ofert wszystkich wykonawców.

W dniu 25 czerwca 2008 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu kserokopie wszystkich ofert, z wyjątkiem tych części, które zostały zastrzeżone przez wykonawców jako „tajemnica przedsiębiorstwa”.

Pismem z dnia 1 lipca 2008 r. (wpływ do Zamawiającego w dniu 2 lipca 2008 r.) Odwołujący wniósł protest na bezczynność Zamawiającego wykonaną w trakcie badania i oceny ofert, a polegającą na utrzymaniu decyzji Wykonawców utajnienia ofert w zakresie

wskazanym w rozdziale 6, pkt 6.1, tabeli pkt 15, 16 i 17 SIWZ oraz w rozdziale 3 pkt 3.6 SIWZ.

Tym samym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 41 pkt 7 ustawy Pzp oraz wniósł o:

1. odtajnienie ofert firmy Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwaną dalej „IMPEL”; DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o., zwaną dalej „Dozorbud”; ISS Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwaną dalej „Facility” w częściach wskazanych przez tych Wykonawców bezpodstawnie za tajemnicę przedsiębiorstwa,
2. dokonanie oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp.

W uzasadnieniu do protestu Odwołujący podniósł, iż wskazani wykonawcy wadliwie zastrzegli dokumenty, które jakoby stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, tj.

- 1) w ofercie wykonawcy Impel oraz w ofercie wykonawcy Dozorbud:
 - plan higieny z podziałem na strefy,
 - opis organizacji pracy dla jednostki Zamawiającego,
 - procedury sprzątnia i dezynfekcji jakie będą stosowane u Zamawiającego,
- 2) w ofercie Facility:
 - procedury sprzątnia, instrukcje, karty kontroli.

Dodatkowo wskazał, iż wykonawcy, którzy w niniejszym postępowaniu zastrzegli informacje stanowiące jakoby tajemnicę przedsiębiorstwa, w innych postępowaniach tych informacji nie utajniali.

Pismem z dnia 2 lipca 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (przedmiotowe pismo Facility otrzymała w dniu 4 lipca 2008 r.).

Pismem z dnia 7 lipca 2008 r. Facility przystąpiła do protestu (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie), przekazując jednocześnie kopię pisma Protestującemu.

Pismem z dnia 11 lipca 2008 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego częściowe uwzględnienie w zakresie certyfikatów umieszczonych w zastrzeżonej części oferty wykonawcy Dozorbud. W pozostałej części zarzutów protest oddalił, dodatkowo wskazując, iż sam Odwołujący zastrzegł w swojej ofercie dokumenty, których odtajnienia obecnie żąda.

Pismem z dnia 16 lipca 2008 r. Odwołujący złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu (wpływ do Prezesa UZP w dniu 21 lipca 2008 r., wpływ do Zamawiającego w dniu 16 lipca 2008 r., odwołanie nadano do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 16 lipca 2008 r.), zarzucając Zamawiającemu, w zakresie oddalonej części protestu, naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz wnosząc o odtajnienie ofert wykonawców IMPEL, Dozorbud, Facility w częściach wskazanych przez tych wykonawców bezpodstawnie za tajemnicę przedsiębiorstwa, jak i wszystkich ofert biorących udział w przedmiotowym postępowaniu – zgodnie z zasadą równego traktowania.

Pismem z dnia 17 lipca 2008 r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wniesieniu odwołania, przekazał kopię odwołania, jednocześnie wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 31 lipca 2008 r. (pismem z dnia 30 lipca 2008 r.) Facility przystąpiła do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wskazując, iż dokumenty utajnione przez tego wykonawcę, tj. procedury sprzątnia, instrukcje, karty kontroli są dokumentami opracowanymi przez jego pracowników, na potrzeby każdego z postępowań i posiadają wymierną wartość gospodarczą, a ich ujawnienie narazi wykonawcę na znaczące straty.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby uznał, iż Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środka odwoławczego, gdyż w niniejszym postępowaniu, nie dokonano badania i oceny ofert, tak więc nie można stwierdzić, czy oferta Odwołującego może zostać uznana za najkorzystniejszą. Niezależnie od powyższego Odwołujący posiada interes prawny w kontrolowaniu prawidłowości przeprowadzonego postępowania, gdyż ma to wpływ na zawarcie ważnej umowy.

Zamawiający w rozdziale 10 SIWZ „Opis sposobu przygotowania oferty” pkt 10.12 zamieścił postanowienie „Część oferty, która zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a

wykonawca zastrzega ich poufność (...).” Jednocześnie dodał, iż Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 36 ust. 4 ustawy Pzp”.

Wykonawcy, w złożonych ofertach, zastrzegli informacje, które – ich zdaniem – stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. I tak:

1. Impel:

- plan higieny dla szpitala,
- opis organizacji pracy dla jednostki zamawiającego,
- procedury sprzątnania i dezynfekcji dla Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego Nr 2 w Jastrzębiu Zdroju,

2. Dozorbud:

- plan higieny dla szpitala,
- opis organizacji pracy dla jednostki zamawiającego,
- procedury sprzątnania i dezynfekcji dla Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego Nr 2 w Jastrzębiu Zdroju,

3. Facility:

- procedury sprzątnania i dezynfekcji jakie będą stosowane u Zamawiającego,
- instrukcje,
- karty kontroli.

Z treści 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 późn. zm.), wynika, iż 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, co oznacza, iż tajemnicą przedsiębiorstwa jest tylko taka informacja, która spełnia łącznie trzy przesłanki (wyrok SN z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz. 5), tj.:

1. ma charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny przedsiębiorstwa,
2. nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Jak oświadczył Zamawiający na rozprawie oceny dokumentów, których treść jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa dokonał dopiero po wpłynięciu protestu. Natomiast wcześniej udostępnił Odwołującemu jedynie te dokumenty, które taką tajemnicą nie były objęte. Krótki okres czasu, jaki upłynął pomiędzy otwarciem ofert a złożeniem wniosku o ich udostępnienie spowodował, że na dzień przekazania Odwołującemu kserokopii ofert nie dokonano jeszcze badania ich treści pod kątem objęcia określonych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa.

Skład orzekający Izby uznał, iż, aby można było mówić o uprawnionym bądź nieuprawnionym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający powinien dokonać oceny, czy łącznie zostały spełnione wskazane wyżej przesłanki. Przede wszystkim powinien dokonać oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja, a w tym przypadku, czy ma ona charakter technologiczny, czy też organizacyjny. Ponieważ niektóre dokumenty zastrzeżone przez wykonawców mogą mieć charakter organizacyjny inne zaś technologiczny, inne natomiast dokumenty mogą być dokumentami organizacyjnymi, które może zawierać elementy technologiczne. Dokument może być także dokumentem nie mającym charakteru technologicznego, organizacyjnego, czy też technicznego. Następnie powinien ustalić, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznanne ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca ma wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. Tym bardziej, że to Zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępnienia informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia (uchwała SN z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05).

Tak więc tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób, a powyższe mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień Zamawiającego.

Tymczasem Zamawiający uznał, iż wszystkie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumenty faktycznie są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, mimo iż na rozprawie strony zgodnie przyznały, iż plan higieny taką tajemnicą nie powinien być objęty. W pakietach zastrzeżonych jako tajne, a takie pakiety są we wszystkich ofertach złożonych w postępowaniu są również informacje, które z pewnością tajne nie są (wykazy chorób zakaźnych, teksty rozporządzeń itp.).

Izba stwierdziła, iż w aktach postępowania brak jest jakiegokolwiek informacji, czy w ogóle, a jeśli tak, to jakie działania podjął Zamawiający, czy badał informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, w tym czy zwracał się do wykonawców o wykazanie się dowodem na spełnienie wszystkich przesłanek.

Niemniej jednak Zamawiający, w każdym przypadku powinien indywidualnie zbadać, w odniesieniu do każdego dokumentu zastrzeżonego jako tajny, czy zachodzą przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, zwłaszcza, że decyduje o tym treść a nie nazwa dokumentu. Dlatego też bardzo szczegółowo należy się odnosić do treści poszczególnych dokumentów, może się bowiem okazać, iż tajemnicą przedsiębiorstwa faktycznie jest objęta tylko część dokumentu. W takim przypadku zastrzeżenie całej treści dokumentu jest nieuprawnione.

Jednocześnie należy podkreślić, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy, gdyż zasadą jest jawność postępowania o zamówienie publiczne i jawność ofert. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a wykonawcy powinni wykazać, że zrobili to w sposób uprawniony.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby uznał, iż Zamawiający zaniechał działań mających na celu wyjaśnienie, czy wykonawcy prawidłowo zastrzegli tajemnicę przedsiębiorstwa.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*