

Sygn. akt: KIO 277/12

WYROK

z dnia 20 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Agata Dziuban**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 lutego 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **9 lutego 2012 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. sp. k.**, adres do korespondencji: **ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Instytut Matki i Dziecka ul. Kasprzaka 17a, 01-211 Warszawa**, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Dereśław Sp. z o.o. (Ilder) ul. Ruszczajska 24, 28-230 Połaniec, DGP Dozorbud Grupa Polska - Sp. z o. o., ul. Najświętszej Marii Panny 5e, 59-220 Legnica**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawców: **Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. sp. k.**, adres do korespondencji: **ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław**,
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców:

Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. sp. k., adres do korespondencji: **ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław**, tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Sprzątanie i utrzymanie czystości, obsługę gospodarczą oraz prace pomocnicze przy pacjentach w obiektach Instytutu Matki i Dziecka” (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej Nr 2011/S 246 – 399750 z 22.12.2011 r.), w dniu 9 lutego 2012 r. zostało złożone w formie elektronicznej opatrzone bezpiecznym zweryfikowanym podpisem elektronicznym - odwołanie przez wykonawców: Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. sp. k., w kopii przekazane w tym samym terminie zamawiającemu.

Wniesienie odwołania nastąpiło wskutek powzięcia wiadomości przez odwołującego, że w dniu 30 stycznia 2012 r. nastąpiło otwarcie ofert złożonych w postępowaniu przetargowym oraz, że oferta wykonawcy konkurencyjnego konsorcjum: Deresław Sp. z o.o. (lider), DGP Dozorbud Grupa Polska - Sp. z o. o., dalej także konsorcjum: DGP Dozorbud została w znacznej części utajniona.

W dniu następnym, tj. 31.01.2012 r. - odwołujący zwrócił się do zamawiającego o umożliwienie zapoznania się z ofertą wykonawcy konsorcjum: Deresław Sp. z o.o. (lider), DGP Dozorbud Grupa Polska - Sp. z o. o. Zamawiający odmówił udostępnienia tej oferty wskazując, że wymieniona oferta zawiera elementy utajnione. Zamawiający poinformował ponadto odwołującego, iż decyzję o udostępnieniu oferty wykonawcy DGP Dozorbud w części niejawniej podejmie po analizie wymienionej oferty.

Do dnia złożenia niniejszego odwołania zamawiający nie udzielił odwołującemu żadnej informacji w zakresie części niejawniej oferty konsorcjum DGP Dozorbud, jak również zamawiający nie udostępnił odwołującemu części oferty konsorcjum DGP Dozorbud, która nie była utajniona.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu – Instytutowi Matki i Dziecka w Warszawie, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 113 z 2010 r., poz. 759 ze zm.), tj.:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy, przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie oferty konsorcjum DGP Dozorbud Grupa Polska - Sp. z o.o.,
- 2) art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie udostępnienia odwołującemu części oferty konsorcjum DGP Dozorbud Grupa Polska - Sp. z o. o., zawierającej informacje bezprawnie utajnione,
- 3) art. 96 ustawy Pzp, przez zaniechanie udostępnienia odwołującemu części oferty wykonawcy: DGP Dozorbud Grupa Polska - Sp. z o. o., zawierającej informacje jawne,

4) art. 8 ust 1 i 2 w związku art. 96 ustawy Pzp, przez zaniechanie przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania wyjaśniającego - czy zastrzeżenie oferty było zasadne, do czego zamawiający był zobligowany zgodnie z ostatnią uchwałą Sądu Najwyższego oraz poprzez zaniechanie ujawnienia informacji nie stanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy.

Odwołujący powołał się na legitymację do skarżenia zaniechań zamawiającego - przeprowadzenia czynności wyjaśniających zasadność zastrzeżenia przez konsorcjum DGP Dozorbud Grupa Polska - Sp. z o. o. tajemnicy dokumentów oferty oraz nieudostępnienia części jawnej tej oferty, gdyż takie zaniechanie uniemożliwia odwołującemu ocenę, czy wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu, jak również czy treść oferty przez niego złożonej odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W związku z powyższymi zarzutami, wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu: odtajnienia oferty wykonawcy: DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o. o. oraz o nakazanie udostępnienia tej oferty odwołującemu.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że do dnia złożenia odwołania zamawiający nie udzielił żadnej informacji w zakresie części niejawnej oferty wykonawcy DGP Dozorbud, jak również nie udostępnił części oferty tego wykonawcy, która nie była utajniona. Stwierdził, że nie może zgodzić się z takim postępowaniem zamawiającego, gdyż zaniechanie udostępnienia informacji utajnionej części oferty konsorcjum DGP Dozorbud Grupa Polska - Sp. z o. o. jak i pozostałej treści tej oferty stanowi poważne naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zaznaczył, że zasada jawności w systemie zamówień publicznych jest jedną z najważniejszych, 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. Zasadę jawności wyraża art. 8 ustawy Pzp. Postępowanie o zamówienie publiczne jest jawne, dlatego też 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 wyjątek, że zamawiający nie może ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy 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 warunki:

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa,
- 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 2001 Nr 4, poz. 59).

Odwołujący argumentował, że 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 prawo zamówień publicznych (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).

Zdaniem odwołującego, z analizy treści SIWZ w zakresie wymaganych przez zamawiającego oświadczeń i dokumentów od biorących udział w postępowaniu wykonawców - nie wynika, aby jakkolwiek z zastrzeżonych dokumentów w ofercie wykonawcy DGP Dozorbud spełniał łącznie wszystkie przesłanki, o których mowa w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., a tym samym brak jest podstaw aby były one niedostępne dla pozostałych wykonawców. Oznacza to, w przekonaniu odwołującego, że oferta wykonawcy DGP Dozorbud została utajniona bezprawnie. Zaniechanie odtajnienia części oferty, jak też brak udostępnienia oferty w części niezastrzeżonej uniemożliwia odwołującemu ocenę, czy konkurencyjny wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, jak również czy treść złożonej przez niego oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Utajnienie części danych w ofercie ma natomiast istotne znaczenie dla wykonawcy, który dokonuje utajnienia. Pozwala mu bowiem uniknąć wnikliwej analizy ze strony konkurentów, czy przeznaczone do wykonania usługi: sprzęt oraz zasoby ludzkie spełniają wymogi określone w SIWZ. W ocenie odwołującego, wykonawca DGP Dozorbud - aby uniknąć ryzyka odwołania w przedmiotowym przetargu zastosował prosty środek uniemożliwiający innym wykonawcom weryfikację złożonej przez niego oferty pod kątem zgodności z treścią SIWZ - zastrzegł część złożonych przez siebie dokumentów jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Praktyka taka, jak przekonywał odwołujący, oznacza jawne pogwałcenie naczelnej zasady przyświecającej udzielaniu zamówień publicznych - mianowicie jawności postępowania. W razie usankcjonowania takiej praktyki doszłoby do nadinterpretacji przepisów o ochronie danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa poprzez rozszerzenie definicji tajemnicy przedsiębiorstwa na wszystkie dane jakie tylko sobie dany wykonawca subiektywnie uzna za zasadne. Akceptacja postępowania wykonawcy Dozorbud czyniłaby iluzoryczną zasadę równego traktowania stron, uczciwej konkurencji między wykonawcami. Wystarczyłoby bowiem głośłowne

oświadczenie wykonawcy, że dane informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa, aby tak organizator przetargu, jak i inni wykonawcy musieli uznać zasadność jego twierdzenia w tym zakresie. Zaznaczał, że powyższe stanowisko znajduje wsparcie w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo, w wyroku z dnia 18 stycznia 2012 r. sygn. KIO 59/12 skład orzekający KIO wskazał, iż „W postępowaniach o zamówienie publiczne problemem, z którym borykają się zarówno zamawiający jak i wykonawcy, jest nadużywanie prawa do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 8 ust 3 Pzp wykonawca może bowiem zastrzec tajemnicę odnośnie praktycznie wszystkich podanych przez siebie informacji, za wyjątkiem informacji podawanych przy otwarciu ofert. W/w przepis art. 8 ust 3 ustawy Pzp implementuje art. 6 dyrektywy europejskiej 18/2004. ETS w swoich orzeczeniach dotyczących tej materii kładzie nacisk na zbilansowanie interesu wykonawcy w zachowaniu poufności pewnych informacji z koniecznością zapewnienia ochrony prawnej innym wykonawcom. Trafne jest stwierdzenie Izby, że w sytuacji kiedy jawność postępowania o zamówienie publiczne jest zasadą, to wyjątki powodujące ograniczenia tej jawności nie mogą być interpretowane w sposób rozszerzający stosowanie tego przepisu. Tym samym, zamawiający powinien dokonać analizy prawidłowości zastrzeżenia pewnych informacji z oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie tylko analizując określony dokument jako całość, ale jego poszczególne zwroty czy wyliczenia, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Takimi informacjami zasadnie zastrzeżonymi mogą być np. tylko nazwa określonego partnera handlowego, istotne postanowienia porozumień partnerskich, czy pewne dane stanowiące określoną wartość gospodarczą dla danego wykonawcy.” Natomiast w wyroku z 26 stycznia 2012 r. sygn. KIO 100/12 skład orzekający Izby wskazał, że „Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania i co najmniej uprawdopodobnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób uprawniony. Brak wyjaśnień lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia. Wykonawca, który zamierza zastrzec część oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa, winien w zakresie niezbędnym i uzasadnionym przepisami prawa, wskazać wiadomości mające zostać poufnymi, a następnie na wezwanie zamawiającego w sposób pełny i precyzyjny odnieść się do każdego zastrzeżonego dokumentu lub jego utajnionej części. Te wyjaśnienia winny być na tyle pełne, aby umożliwić zarówno zamawiającemu jak i organowi rozpatrującemu ewentualne odwołanie w tym zakresie, odniesienie się do zastrzeżonych informacji. Zasada jawności jest podstawową zasadą zamówień publicznych i wyjątki od niej powinny być interpretowane w sposób ścisły i winny być odpowiednio uzasadnione.”

Odwołujący wywodził, że 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 Prawo zamówień publicznych. W niniejszym postępowaniu zamawiający nie poinformował odwołującego ani w jakiej

części oferta wykonawcy DGP Dozorbud jest utajniona, ani też czy utajnienie to było zasadne. Zamawiający uniemożliwił również odwołującemu zapoznanie się z odtajnioną częścią oferty wykonawcy. Ponadto w ocenie odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu nie ma żadnego uzasadnienia, aby jakkolwiek dokument w ofercie wykonawcy był utajniony, co oznacza, iż utajnienie części oferty wykonawcy jest bezprawne.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 9 lutego 2012 r. do postępowania odwoławczego pismem z dnia 13 lutego 2012 r., (w kopii przesłanym stronom) - wniesionym drogą elektroniczną z podpisem zweryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu, zgłosił swoje przystąpienie wykonawca – konsorcjum: Deresław Sp. z o.o. (lider) z Połańca, DGP Dozorbud Grupa Polska - Sp. z o. o. z Legnicy, który wniósł o oddalenie odwołania, powołał się na interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego i utrzymaniu stanu utajnienia jego oferty. Wyjaśniał, że jego oferta zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa składającego się na jego know-how. Zastrzeżona część oferty zawiera opracowany przez wykonawcę plan higieny, a w nim informacje o charakterze technologicznym. Wiedza w zakresie technologii i metod wykonywania usług, jaką dysponuje dany wykonawca, stanowi jedną z najistotniejszych wartości firmy. Wobec czego oddalenie odwołania usankcjonuje skuteczność dokonanego zastrzeżenia tajemnicy tej części oferty.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie pismem z dnia 16 lutego 2012 r. złożonym na rozprawie oraz do protokołu rozprawy podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko o braku podstaw do ujawnienia zastrzeżonych informacji w ofercie DGP Dozorbud. Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami wykonawcy i przy uwzględnieniu orzecznictwa Izby w tej kwestii, uznał, że dokumenty zastrzeżone w ofercie konsorcjum DGP Dozorbud zasługują na ochronę. Podnosił, że stężenia preparatów w ulotkach producenta podawane są w pewnych granicach, natomiast wykonawca podał je w konkretnych wielkościach dostosowanych do powierzchni sprzątanym i używanego sprzętu. Dlatego dokument ten nie stanowił jedynie powielenia wymagań, ale został wypełniony w sposób zindywidualizowany, uwzględniający doświadczenie wykonawcy. Zdaniem zamawiającego, przedstawiona koncepcja świadczenia usługi ma charakter autorski. Również wykaz środków czystości, ich dobór, procedury rozpisane na poszczególne rodzaje czynności i plan szkoleń, w ocenie zamawiającego, spełniają definicję, aby mogły zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Dla zamawiającego jest istotne jakiego doboru środków myjąco – dezynfekcyjnych dokona wykonawca i jakie zastosuje procedury i technologie w odniesieniu do sprzątania i dezynfekcji pomieszczeń i przedmiotów - dla celu jakim jest zminimalizowanie ryzyka zakażeń szpitalnych. Opisy procedur w ramach wytycznych zamawiającego, dokonane samodzielnie przez wykonawcę mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Dla zamawiającego nie było argumentem, że inni wykonawcy nie mają wglądu

do ofert konkurentów, ponieważ nie stanowi to samoistnej przesłanki dla odtajnienia ofert, gdyż mimo, że postępowanie jest jawne, to art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wprowadza od jawności uprawniony wyjątek. Gdyby uwzględnić stanowisko odwołującego, żaden wykonawca działający na rynku usług porządkowych nie byłby władny do zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa.

Izba postanowiła dopuścić konsorcjum: Deresław Sp. z o.o. (lider), DGP Dozorbud Grupa Polska - Sp. z o. o. do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

Izba nie stwierdziła podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, protokołu postępowania, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, oferty konsorcjum DGP Dozorbud, korespondencji w sprawie odtajnienia oferty konsorcjum DGP Dozorbud, wezwania do przystępującego o udzielenie wyjaśnień i udzielonej odpowiedzi. Ponadto Izba rozważyła stanowiska stron i przystępującego przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła co następuje.

Przedmiot zamówienia stanowi: „Sprzątanie i utrzymanie czystości, obsługa gospodarcza oraz prace pomocnicze przy pacjentach w obiektach Instytutu Matki i Dziecka w Warszawie.”

W SIWZ zamawiający określił warunki ogólne wykonywania przedmiotu zamówienia, gdzie między innymi podał, że dobór preparatów dezynfekcyjnych musi uwzględniać podane wymagania sanitarno epidemiologiczne.

Technologia stosowana przy realizacji prac porządkowych sprzątających powinna gwarantować zachowanie właściwej higieny sanitarnej oraz wymogów sanitarno – epidemiologicznych.

Zamawiający opisał warunki sanitarno – epidemiologiczne wykonywania przedmiotu zamówienia z podziałem szpitala na obszary: medyczny, techniczny, administracyjno – gospodarczy.

W ramach obszarów opisał cztery strefy sanitarne. Obszary oraz strefy wykazują zróżnicowane zanieczyszczenia szczepami patogennymi i wymagają zróżnicowanych działań.

W SIWZ zamawiający zawarł wymagania co preparatów dezynfekcyjnych przeznaczonych do realizacji usługi sprzątania, określając m.in. spektrum działania i zawartość niektórych substancji.

SIWZ w części IV w pkt 1 wymagała opracowania koncepcji wykonywania usługi,

zawierającej harmonogram prac wskazany przez zamawiającego, plan higieny, procedury i technologie utrzymania czystości, procedury dezynfekcji, wykaz preparatów dezynfekcyjnych i środków czystości, jakie wykonawca będzie stosował do realizacji usługi.

Załącznik nr 2 b do SIWZ stanowi opis przedmiotu zamówienia tzw. „Plan Higieny.” Z podziałem na budynki z określeniem powierzchni sal, przedmiotów w nich się znajdujących, wyznaczeniem częstotliwości sprzątnięcia oraz dezynfekcji. Plan higieny miał uwzględniać: co?, jak?, kiedy? i czym? będzie sprzątnięte. Z tego zakresu opisy wykonawca miał opracować samodzielnie oraz dołączyć do wypełnionego formularza według wzoru zamawiającego - „Planu Higieny.”

Rozdział III pkt 4 ppkt 2a SIWZ według zał. nr 2 do SIWZ zobowiązywał wykonawcę do przedłożenia „Planu szkoleń,” który powinien zawierać częstość szkoleń, rodzaj tematyki i jednostki szkolące.

Według danych formularza ofertowego zał. nr 1 do SIWZ pkt VII - wykonawca był zobowiązany oznaczyć strony i załączniki, które obejmuje tajemnicą przedsiębiorstwa.

W ofercie przystępującego konsorcjum DGP Dozorbud, jako tajemnica przedsiębiorstwa zostały oznaczone strony 58-234 zawierające wypełniony – „Plan Higieny” z załącznikami obrazującymi techniki i metody sprzątnięcia w jednostkach ochrony zdrowia jako procedur poprawnego wykonywania prac mycia sprzątnięcia i dezynfekcji w obiektach zamawiającego.

Załączniki te stanowią szczegółowe opisy zasad wykonywania oferowanej zamawiającemu usługi, w tym:

I. Sprzątnięcia pomieszczeń szpitalnych, biurowych, magazynowych, wyparzania naczyń. Instrukcji postępowania przy transporcie posiłków, materiałów do badań i wyników badań przy transporcie odpadów, przy transporcie pacjentów. Instrukcje postępowania z brudną i czystą bielizną, z mopami, ścierkami i odzieżą ochronną. Dalsze instrukcje dotyczą postępowania: z odpadami medycznymi, niemedycznymi, postępowania ze środkami myjącymi i dezynfekcyjnymi, środkami ochrony osobistej, a ponadto zawierają instruktaż pomocy pielęgniarce, postępowania przy rozdawaniu posiłków, przygotowaniu roztworów myjących i dezynfekcyjnych.

II. Wytyczne dotyczące:

- mycia i dezynfekcji pomieszczeń wchodzących w skład bloku operacyjnego,
- mycie i dezynfekcja apteki szpitalnej,
- postępowanie w brudownikach,
- mycie i dezynfekcja ciągów komunikacyjnych i klatek schodowych,
- mycie i dezynfekcja dozowników i podajników,

- mycie i dezynfekcja gabinetów lekarskich dyżurek pielęgniarskich,
- mycie i dezynfekcja gabinetu zabiegowego,
- mycie i dezynfekcja kaczek, basenów misek nerkowych,
- mycie i dezynfekcja kuchenek oddziałowych,
- mycie i dezynfekcja lamp bakteriobójczych,
- mycie i dezynfekcja pojemników i wózków transportowych,
- mycie i dezynfekcja sali noworodkowej,
- mycie i dezynfekcja sali operacyjnej,
- mycie i dezynfekcja sali porodowej,
- mycie i dezynfekcja sali wybudzeń,
- mycie i dezynfekcja sanitariatów,
- mycie i dezynfekcja sprzętu użytego do sprzątnia.
- mycie i dezynfekcja sal chorych,
- mycie i dezynfekcja lodówek; sprzętu kuchennego; instrukcja mycia i dezynfekcji rąk.

III. instrukcja inaktywacji materiału biologicznego.

Załącznik nr 5 do oferty zawiera wykaz preparatów dezynfekcyjnych i środków czystościowych, z podaniem nazwy środka, producenta i przeznaczenia.

Przystępujący przedstawił plan szkoleń dla IMiD, zawierający dane wymagane w SIWZ.

Oferty złożyło 3 wykonawców

ASPEN Sp. z o.o., cena brutto - 950 300,86 zł,

Odwołujący, cena brutto - 873 481,29 zł,

Przystępujący, cena brutto - 692 278,25 zł.

Jedynym kryterium oceny ofert została ustanowiona cena.

Termin: składania ofert - do 30 stycznia 2012 r., otwarcia ofert został wyznaczony na 30 stycznia 2012 r.

Zamawiający przewidział sposób komunikowania się drogą elektroniczną lub pisemnie - rozdział XV SIWZ.

W dniu 31 stycznia 2012 r. konsorcjum DGP Dozorbud zwracało się do zamawiającego o umożliwienie zapoznania się z treścią ofert wykonawców: Impel i ASPEN.

W dniu 31 stycznia odwołujący konsorcjum IMPEL zwracał się o umożliwienie zapoznania się z treścią ofert (przez ich skopiowanie, tj. DGP I ASPEN).

Zamawiający wyraził zgodę - wiadomość przekazana elektronicznie w dniu 31 stycznia 2012 r.

Następnie tą samą drogą w dniu 31 stycznia 2012 r. powiadomił o tym, iż zauważył, że wykonawca DGP Dozorbud wpisał w formularzu, że część dokumentów stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zaznaczył, że oferta wymaga głębszej analizy i weryfikacji przez zamawiającego. W tym przypadku, termin kiedy będzie możliwość wglądu do oferty zostanie podany.

Pismem z dnia 1 lutego 2012 r. zamawiający wezwał konsorcjum DGP Dozorbud w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących załącznika nr 1 do SIWZ (druk oferty) pkt VII, czy część oferty oznaczona jako tajna stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa i nie podlega ujawnieniu zgodnie z art. 11 ust. 4 u.z.n.k.? Przez tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 Nr 153, poz. 1508 ze zm.) rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Zgodnie z powyższym, aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki:

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

Przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem.

Dnia 1 lutego 2012 r. odwołujący zwrócił się drogą elektroniczną do zamawiającego o odtajnienie ofert w terminie do 6 lutego 2012 r., zastrzegł że po bezskutecznym upływie tego terminu wystąpi z odwołaniem w tej sprawie.

W odpowiedzi, zamawiający podtrzymał swoje stanowisko i przesłał odwołującemu kopię wezwania do konsorcjum DGP Dozorbud do złożenia wyjaśnień.

Na wniosek wykonawcy ASPEN Sp. z o. o. została w dniu 3 lutego udostępniona oferta odwołującego IMPEL w całości oraz część jawna oferty DGP Dozorbud, tj. w zakresie cenowym.

Pismem z dnia 3 lutego 2012 r. doręczonym 6 lutego 2012 r. przystępujący DGP Dozorbud przedstawił uzasadnienie decyzji o utajnieniu swojej oferty, w którym podał, że jako wykonawca złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu po szczegółowym zapoznaniu się z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz jej załączników, w tym z wzorem umowy oraz w oparciu o posiadaną wiedzę i doświadczenie. Zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ w części IV w pkt 1 dołączył do oferty koncepcję wykonywania usługi zawierającą harmonogram prac wskazany przez zamawiającego, plan higieny, procedury i technologie utrzymania czystości, procedury dezynfekcji, wykaz preparatów dezynfekcyjnych i środków czystości, jakie wykonawca będzie stosował do realizacji usługi oraz wykaz sprzętu zgodny z wymaganiami SIWZ. Konsorcjum Deresław Sp. z o. o. oraz DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o. o. w załączniku nr 1 do SIWZ (druk oferty) pkt VII zastrzegło jawność części oferty zawierającej opracowaną na potrzeby prowadzonego przez zamawiającego postępowania koncepcję realizacji usługi. Możliwość ograniczenia dostępu do treści ofert składanych w jawnych, co do zasady, postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, daje art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, mówiący, że: 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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy. Natomiast zgodnie z treścią art. 11 pkt 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3.10.2000 r., 1 CKN 304/00. OSNC 2001. nr 4, poz.59): informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem.

Zaznaczał, że zastrzeżona część oferty zawierała opracowany przez niego „Plan

Higieny,” a w nim informacje o charakterze technologicznym m.in. harmonogram sprzątnia, rodzaj zastosowanych środków myjących i dezynfekujących, stężenie roztworów chemicznych, a także instrukcje wykonywania czynności, które będą realizowane przez pracowników wykonawcy np. instrukcje postępowania w trakcie transportu pacjentów, materiałów i odpadów; instrukcje postępowania z czystą i brudną bielizną; instrukcja przygotowania roztworów myjących i dezynfekujących, czy instrukcja udzielania pomocy pielęgniarskiej. Konceptcja zawiera także opracowane zasady, metody i techniki sprzątnia w jednostkach służby zdrowia w odniesieniu do poszczególnych pomieszczeń i urządzeń znajdujących się obiekcie zamawiającego np. mycie i dezynfekcja gabinetów zabiegowych, sal operacyjnych, kuchenek oddziałowych, lamp bakteriobójczych, czy pojemników i wózków transportowych. Zastrzeżona część oferty zawiera także plan szkolenia pracowników realizujących usługę, opracowany na potrzeby realizacji usługi w Instytucie Matki i Dziecka.

Powyższe informacje, jak twierdził odwołujący, stanowią jego know-how jako przedsiębiorstwa świadczącego usługę będącą przedmiotem zamówienia. Wiedza w zakresie technologii i metod wykonywania usług, jaką dysponuje dany wykonawca, stanowi jedną z najistotniejszych wartości danej firmy (potwierdziła to Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 23.01.2009 sygn. akt KIO/UZP 59/09).

Dalej odwołujący wyjaśniał, że wszystkie informacje zostały przygotowane przez technologa usług sprzątnia obiektów szpitalnych wyłącznie do prowadzonego postępowania i jedynym miejscem ich zamieszczenia jest oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu, nie została zatem ujawniona przez wykonawcę do wiadomości publicznej.

Ponadto powoływał się na okoliczność, że podjął w stosunku do tych informacji, niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, poprzez zastrzeżenie w ofercie jako tajemnicę przedsiębiorstwa w ustawowym terminie i prawidłowym zakresie merytorycznym.

Biorąc pod uwagę orzecznictwo sądów oraz zacytowaną definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, odwołujący stwierdził, że wykazał, iż informacje zastrzeżone w ofercie spełniają przesłanki, o których mowa w Ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a wobec tego ich treść może być zastrzeżona przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa.

9 lutego 2012 r. odbyło się posiedzenie komisji przetargowej (protokół z tej daty), na którym podjęto decyzję o nieodtajnieniu zastrzeżonej części oferty przystępującego. W tym samym dniu odwołujący został powiadomiony o udostępnieniu do wglądu oferty DGP Dozorbud z wyłączeniem części zastrzeżonej.

W tym stanie postępowania przetargowego zostało złożone odwołanie.

Izba zważyła co następuje.

Izba uznała, że odwołujący legitymuje się interesem w korzystaniu ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro złożył ofertę w postępowaniu, zatem w przypadku potwierdzenia się stawianych zamawiającemu zarzutów, odwołujący mógłby ponieść szkodę w wyniku uchybienia przez zamawiającego wskazanym przepisom ustawy Pzp.

Podstawowy zarzut odwołania stanowiło, że utajnienie dokumentów oferty konkurenta narusza art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, zapewniający jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wszystkich jego etapach. Należało jednak zważyć, iż jawność ta doznaje ograniczeń z mocy samej ustawy Pzp, tj. art. 8 ust. 3 tej ustawy, mówiącego, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert (...), zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec wyłącznie informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp. Natomiast zgodnie z treścią art. 11 pkt 4 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Z przywołanych przepisów wynika, że nie stanowi naruszenia zasady jawności zastrzeżenie w ofercie wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego takich informacji, które mogą być przedmiotem skutecznego wyłączenia jawności w oznaczonym zakresie. Wówczas nie można przypisywać zamawiającemu zarzutów naruszenia przepisów art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, przez fakt, iż zamawiający nie odtajnił dokumentów, które stanowiły zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy oraz w rzeczywistości miały taki charakter.

Zdaniem Izby, tego rodzaju dokumenty, jak wymagane w SIWZ w części IV w pkt 1 opracowanie koncepcji wykonywania usługi, zawierającej plan higieny, procedury i technologie utrzymania czystości, procedury dezynfekcji, wykaz preparatów dezynfekcyjnych, ich stężeń i środków czystości, jakie wykonawca będzie stosował do realizacji usługi wraz z załącznikiem nr 2 b do oferty stanowiącym tzw. „Plan Higieny,” z podziałem na budynki, z określeniem powierzchni sal, przedmiotów w nich się znajdujących, stref według wymogów w odniesieniu do czystości i dezynfekcji, wyznaczeniem częstotliwości sprzątnięcia oraz dezynfekcji, który odpowiada na pytania zamawiającego w tym konkretnym zindywidualizowanym postępowaniu: co?, jak?, kiedy? i czym? będzie sprzątnięte, opracowany samodzielnie przez wykonawcę wraz z opisami dołączonymi do wypełnionego formularza według wzoru zamawiającego - „Planu Higieny,” a także plan szkoleń - spełniają kryteria tajemnicy

przedsiębiorstwa w rozumieniu cytowanych wyżej przepisów art. 11 pkt 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Dokumenty te nie stanowią jedynie powielenia treści materiałów przetargowych stawianych do dyspozycji wykonawców, którzy zamierzają uczestniczyć w postępowaniu, ale udostępnione formularze uzupełnione zostały zindywidualizowaną treścią przez konsorcjum DGP Dozorbud, dotyczącą oferowanych przez tego wykonawcę warunków wykonania zamówienia w sposób jemu właściwy i dostępny oraz stosowny do wymagań zamawiającego. Przystępujący w swoim wyjaśnieniu podał, że zastrzeżona część oferty dotyczy sposobów świadczenia usług oraz metod działania, opracowanych na podstawie doświadczeń, wynikających z prowadzonej działalności gospodarczej przedsiębiorstwa. Są one dostosowane do konkretnej, indywidualnej usługi dla konkretnego zamawiającego oraz w odniesieniu do jego specyficznych warunków i wymagań. Z tego względu, Izba podzieliła pogląd zamawiającego, że utajnione informacje, nawet jeżeli ich zakres jest zbliżony w różnych postępowaniach na podobny przedmiot zamówienia, są przynajmniej w pewnym stopniu za każdym razem niepowtarzalne. Istotą tych informacji jest opracowany szczegółowy sposób działania, tj. procedury i metoda zorganizowania wszystkich wymaganych czynności w połączeniu ze środkami rzeczowymi, tak, aby mógł być osiągnięty cel w postaci prawidłowego wykonania usługi sprzątnia, w tym utrzymania właściwego stanu sanitarno-epidemiologicznego obiektów i wyposażenia, w celu wyeliminowania w najwyższym możliwym stopniu zakażeń szpitalnych. W/w informacje stanowią know - how przedsiębiorstwa świadczącego usługi sprzątnia, będącej przedmiotem niniejszego zamówienia. Składa się na to doświadczenie zdobyte przez przystępującego, które pozwala na zaoferowanie wykonywania usług na możliwie najwyższym poziomie, przy wykorzystaniu zdobytej wiedzy w przedmiocie doboru odpowiednich środków oraz metod działania do wymagań danego zamawiającego i specyfiki przedmiotu. Wiedza w zakresie technologii i metod wykonywania usługi sprzątnia, jaką dysponuje wykonawca stanowi wartość, pozwalającą również na zoptymalizowanie kosztów oraz maksymalizację zysków. Elementy te stanowią, zatem w przekonaniu Izby, istotną wartość gospodarczą. Zastrzeżona część oferty nie została ujawniona do wiadomości publicznej. Dodatkowo przystępujący podjął w stosunku do utajnionych w ofercie informacji niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Zasadność utajnienia przez przystępującego oznaczonej części oferty potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo należy wskazać wyrok o sygn. KIO/UZP 53/09 czy wyrok KIO 818/11.

W ocenie Izby, przystępujący przekonująco uzasadnił, że dokumenty, jakie utajnił, stanowią informacje technologiczne, które wytworzył samodzielnie w sposób autorski w wyniku doświadczeń funkcjonowania na rynku - jako know-how przedsiębiorstwa świadczącego usługi sprzątnia.

Oczywistym jest, iż pomimo podobnej specyfiki zamówień na usługi sprzątnia, za każdym razem informacje zawarte w ofercie są niepowtarzalne, ponieważ są tworzone pod kątem wymagań danego zamawiającego. W tym znaczeniu, opracowania te mają w ocenie Izby, również charakter organizacyjny obrazujący sprawność i skuteczność wprowadzonych procedur, które wraz z danymi technologicznymi nie podlegają ujawnieniu, jeżeli stosownego zastrzeżenia wykonawca dokona.

Przepis 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.) za tajemnicę przedsiębiorstwa dozwala uznawać nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne lub inne, mające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Zdaniem Sądu Najwyższego, wyrażonym w wyroku z dnia 3 października 2000 r. sygn. akt I CKN 304/00, informacje techniczne i technologiczne dotyczą sposobów wytwarzania wyrobu i jego stosowania. Natomiast dane nieujawnione do wiadomości publicznej, to informacje nieznanne ogółowi, co do których przedsiębiorca podjął celowe czynności zapobiegające ich rozpowszechnianiu. Nie ma cech tajemnicy informacja, o której można się dowiedzieć z dostępnych źródeł. Ochronę praw twórcy i tajemnicy przedsiębiorstwa zapewnia istniejący system prawny, w tym przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. Prawo autorskie (Dz. U. z 2000 Nr 80, poz. 904 ze zm.), ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (Dz. U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1117).

W odniesieniu do zastrzeżonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa w kwestionowanej ofercie, Izba stwierdziła, że dane technologiczne i organizacyjne, jakie zastrzegło konsorcjum DGP Dozorbud nie są powszechnie udostępniane. Odwołujący nie wykazał, że wykonawca nie podjął czynności w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji, oraz że są one dostępne z innych źródeł. Nie dowiódł, że wewnętrzne procedury, aby pracownicy przystępującego zachowali poufność informacji, z jakimi się zetknęli podczas przygotowania oferty zostały złamane, a informacje zastrzeżone w omawianej ofercie stały się powszechnie wiadome.

Nie wymaga nawet dowodzenia okoliczność, że procedury technologiczne mają wartość gospodarczą. Taką też wartość posiadają w ocenie Izby, rozwiązania organizacyjne. Wiele podmiotów funkcjonujących na rynku w zakresie handlu czy usług, działa w strukturach sieciowych np. franszyzy, wykorzystujących jednolite metody działania i formy organizacyjne, które pomysłodawca może udostępniać odpłatnie. Są to informacje, które mogą mieć wartość gospodarczą, stanowią wiedzę, którą posłużyć może się inny, zwłaszcza konkurencyjny podmiot, w celu osiągnięcia korzyści gospodarczych dla siebie, co uzasadnia wyłączenie ich jawności.

Odwołujący utrzymywał, że zaniechanie odtajnienia części oferty, (w zakresie której podtrzymał swoje zarzuty) uniemożliwia odwołującemu ocenę, czy konkurencyjny wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, jak również czy treść złożonej przez niego oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przypuszczał, iż konsorcjum DGP Dozorbud, które złożyło ofertę z najkorzystniejszą ceną mogło w niej zamieścić informacje i dokumenty, z których wynikałoby, że zachodzą podstawy do wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty.

Dokumenty podmiotowe nie zostały zastrzeżone jako tajemnica, zatem obawy co do braku uzyskania do nich dostępu nie znajdowały uzasadnienia. Samo zaś stwierdzenie, że zastrzeżenie tajemnicy w ofercie konkurenta uniemożliwia do niej wgląd i wyszukanie ewentualnych uchybień celem jej wyeliminowania, nie jest wystarczającym powodem do odtajnienia oferty, której treść została zastrzeżona w prawidłowy sposób.

Skoro odwołujący twierdził, że brak było przesłanek do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, tak faktycznych jak i ustawowych, zatem zgodnie z art. 6 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, obowiązany był swoje tezy udowodnić. W ocenie Izby, odwołujący takich dowodów nie wskazał.

Izba nie stwierdziła podstaw do uwzględnienia zarzutów i żądań odwołującego, gdyż orzeka w oparciu o ocenę przedstawionych dowodów, do czego obliguje ją art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, w zakresie zarzutów odwołania, w odniesieniu do poprawności prowadzonych procedur w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych.

Izba przyjęła w oparciu o materiał dowodowy sprawy, że stanowisko zamawiającego w odniesieniu do uznania, że zastrzeżone dokumenty oferty przystępującego mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa i nie podlegają ujawnieniu - jest właściwe. Z tych względów Izba nie przyznała racji odwołującemu, że nie zostały spełnione łącznie wszystkie przesłanki określone przepisem art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dla skutecznego zastrzeżenia tajności informacji w dokumentach oferty przetargowej konsorcjum DGP Dozorbud.

Zamawiający wykazał, że przeprowadził czynności mające na celu zweryfikowanie podstaw do odtajnienia informacji zastrzeżonych, a po analizie udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień, zasadnie zdecydował, że brak jest przesłanek do odtajnienia tych dokumentów. Nie znalazł zatem potwierdzenia zarzut odwołującego, że zamawiający zaniechał czynności przeprowadzenia analizy utajnionych danych w kwestionowanej ofercie, a zaniechanie to naruszyło zasadę jawności postępowania określoną w art. 8 ust. 1 ustawy

Pzp. Zatem nie zachodzi również sytuacja, gdzie czynione zamawiającemu zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, przez nierówne traktowanie wykonawców i prowadzenie postępowania w sposób nieprzestrzegający zasad uczciwej konkurencji znalazłyby potwierdzenie.

W przekonaniu Izby, dla wniosku o odtajnienie dokumentów w ofercie innego uczestnika postępowania nie wystarczy, jak chciał tego odwołujący, że utajnienie to powoduje, że nie może on stwierdzić, czy wymieniona oferta konkurencyjnego wykonawcy odpowiada treści SIWZ oraz czy wykonawca spełnił warunki udziału, i czy nie zachodzą podstawy do jego wykluczenia, lub odrzucenia oferty. Dla przypisania zamawiającemu naruszenia przepisu art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący musiałaby wykazać, że nie zachodzą wszystkie trzy łączne przesłanki konieczne dla skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Takiego dowodu odwołujący nie przeprowadził w niniejszym postępowaniu. Nie udowodnił, że uznane przez zamawiającego informacje, jako stanowiące tajemnicę wykonawcy - konsorcjum DGP Dozorbud, mające charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa, przy tym posiadające wartość gospodarczą,

- takich znamion nie posiadają;
- zostały ujawniona do wiadomości publicznej,
- lub nie podjęto w stosunku do nich niezbędnych działań w celu zachowania poufności,

co obligowałoby zamawiającego do ich ujawnienia w myśl wskazań wyroku SN z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05.

Izba nie przychyliła się do stanowiska odwołującego, że to wykonawca czyniący zastrzeżenie tajności dokumentów jego oferty, ma w pełni udowadniać zaistnienie ku temu podstaw. Ustawa Pzp w art. 8 ust. 3 mówi jedynie o złożeniu zastrzeżenia, że zawarte w ofercie informacje nie mogą być udostępniane, jeżeli spełniają kryteria zawarte w odrębnych akcie, tj. ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wystarczające jest po stronie wykonawcy, złożenie jedynie wyjaśnień, jeżeli inni uczestnicy postępowania kwestionują takie okoliczności, lub wątpliwości poweźmie sam zamawiający.

Izba ustaliła w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, że zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. naruszenia zasady jawności są bezpodstawne. Nie potwierdziło się również zarzucane prowadzenie postępowania przez zamawiającego z uchybieniem postanowieniom art. 7 ust. 1 i 3 tej ustawy, w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców .

Należało również zważyć, że art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 180 ust. 1 tej ustawy dozwala na wnoszenie środków ochrony prawnej od czynności zamawiającego lub zaniechania czynności nakazanych ustawą. Nie stanowi podstawy do wniesienia odwołania sam

fakt, że którykolwiek z wykonawców złożył ofertę z zastrzeżoną tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający w dacie złożenia ofert nie ma obowiązku natychmiastowego ich zbadania i podjęcia decyzji co odtajnieniu określonych dokumentów. Ze względu na zróżnicowany zakres danych, objętych wymienionymi dokumentami zawartymi w ofercie, zamawiający winien je analizować i ustalać, które z nich spełniają kryteria materiałów tajnych - w oparciu o udzielone wyjaśnienia wykonawcy. Z tych względów Izba nie podziela poglądów, że terminem początkowym wniesienia odwołania na zaniechanie odtajnienia oferty przez zamawiającego jest następnny dzień po dacie jej złożenia (w tym przypadku 30 stycznia 2012 r.). Termin ten winien być liczony od daty podjęcia czynności przez zamawiającego wobec danej oferty, w tym ostatecznie przez dokonanie jej oceny, bez odtajnienia dokumentów. Nie dotyczy to sytuacji, w której wykonawca zwraca się o odtajnienie oferty konkurenta, wówczas zamawiający bez zbędnej zwłoki winien przeprowadzić procedurę sprawdzającą i poinformować zainteresowanego o jej wyniku.

W niniejszej sprawie, zamawiający zareagował od razu na wniosek odwołującego o odtajnienie oferty konsorcjum DGP Dozorbud oraz bez zwłoki przeprowadził czynności weryfikacyjne skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Stąd Izba uznała, że odwołanie nie tylko pozostawało merytorycznie bezzasadne, ale także na dzień jego wniesienia – przedwczesne. Bowiem na dzień 9 lutego 2012 r. zamawiający nie znajdował się w zwłoce z wykonaniem jakichkolwiek czynności, które mogły by stanowić podstawę do skutecznego wnoszenia środków ochrony prawnej.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało oddalone przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć odwołującego. Izba zaliczyła na poczet kosztów uiszczony wpis stosownie do postanowień § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

