

WYROK

z dnia 1 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel System sp. z o.o., Impel Facility Services sp. z o.o., Ars Medica sp. z o.o., Hospital Service sp. z o.o., ul. Ślężna 118;

53-111 Wrocław, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Szpital Powiatowy we Wrześni sp. z o.o. w restrukturyzacji, ul. Słowackiego 2; 62-300 Września, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Partner Medica sp. z o.o., DGP Clean Partner sp. z o.o., SEBAN sp. z o.o., 4 OP sp. z o.o., ul. Najświętszej Marii Panny 5e; 59-220 Legnica, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w części zarzutu dotyczącego naruszenia art. 18 ust. 1-3 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, tj. w zakresie zaniechania udostępnienia przez zamawiającego dokumentu „Uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa” z dnia 30 maja 2022 roku.

2. Oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia: Impel System sp. z o.o., Impel Facility Services sp. z o.o., Ars Medica sp. z o.o., Hospital Service sp. z o.o., ul. Ślężna 118; 53-111 Wrocław i:

3.1. 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: Impel System sp. z o.o., Impel

Facility Services sp. z o.o., Ars Medica sp. z o.o., Hospital Service sp. z o.o., ul. Ślężna 118; 53-111 Wrocław, tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel System sp. z o.o., Impel Facility Services sp. z o.o., Ars Medica sp. z o.o., Hospital Service sp. z o.o., ul. Ślężna 118; 53-111 Wrocław na rzecz zamawiającego Szpital Powiatowy we Wrześni sp. z o.o. w restrukturyzacji, ul. Słowackiego 2; 62-300 Września, kwotę 172 zł 00 gr (słownie: sto siedemdziesiąt dwa złote, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

sygn. akt: KIO 1558/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Szpital Powiatowy we Wrześni sp. z o.o. w restrukturyzacji, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług w zakresie kompleksowego utrzymania czystości i transportu wewnętrznego w Szpitalu Powiatowym we Wrześni Sp. z o.o. w restrukturyzacji”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej z dnia 20 kwietnia 2022 r., pod nr 2022/S 077-209971.

Dnia 2 czerwca 2022 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 13 czerwca 2022 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Impel System sp. z o.o., Impel Facility Services sp. z o.o., Ars Medica sp. z o.o., Hospital Service sp. z o.o. (dalej „Odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie przez zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Partner Medica

sp. z o.o., DGP Clean Partner sp. z o.o., SEBAN sp. z o.o., 4 OP sp. z o.o. (zwane dalej konsorcjum MEDICA);

2. art. 18 ust. 1-3 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, przez zaniechanie przez zamawiającego odtajnienia dokumentów złożonych przez konsorcjum MEDICA;

3. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wadliwy wybór przez zamawiającego oferty najkorzystniejszej.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1) nakazanie zamawiającemu uchylenia czynności wyboru oferty wybranego wykonawcy konsorcjum MEDICA;

2) nakazanie zamawiającemu odtajnienia złożonych dokumentów wykonawcy konsorcjum MEDICA;

3) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

Odwołujący wskazał, że ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ w razie uwzględnienia odwołania oferta odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp, odwołujący wskazał, że wykonawca konsorcjum MEDICA w dniu 30.05.2022 r. złożył dokumenty, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa:

- Ulotki i kart charakterystyki do wszystkich produktów określonych w załączniku nr 1 OPZ
- Opis systemu nadzoru i kontroli wykonywanej usługi, który zapewnia bieżącą ocenę jakości wykonywanej usługi

- Organizacja pracy w wszystkich komórek organizacyjnych Zamawiającego

Jednocześnie wykonawca zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa samo uzasadnienie zawarte w piśmie dotyczące zastrzeżenia poufności.

Odwołujący powziął informację o zastrzeżeniu dokumentów na podstawie przekazanych przez Platformę Zakupową wiadomości:

02.06.2022 r. - odwołujący otrzymał komplet dokumentów konsorcjum MEDICA stanowiących „część jawną”,

08.06.2022 r. - odwołujący otrzymał informację od zamawiającego, że konsorcjum MEDICA utajniło pismo zastrzegające tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący podniósł, że wskazane działanie wybranego wykonawcy jest bezprawne, gdyż w ww. piśmie nie zostały wykazane okoliczności uzasadniające utajnienie oraz dlatego, że informacje zawarte w ww. dokumentach nie stanowią i nie są kwalifikowane jako tajemnica przedsiębiorstwa. Niezależnie od powyższego odwołujący wskazuje również, że znamiona bezprawności nosi także zachowanie zamawiającego polegające na zaniechaniu odtajnienia informacji nieposiadających cechy poufności, zastrzeżonych przez wybranego wykonawcę.

Odwołujący zaznaczył, że zaniechanie odtajnienia przez zamawiającego pisma z zastrzeżeniem poufności oraz zastrzeżonych dokumentów, stanowi naruszenie podstawowych i fundamentalnych zasad ustawy Pzp. Obowiązek przeprowadzenia przywołanej procedury stanowi urzeczywistnienie zasady jawności. Stanowisko odwołującego znajduje potwierdzenie w ww. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej tj.: „Izba wskazuje, że zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (sygn.

akt III CZP 74/05), zamawiający winien zbadać „skuteczność dokonanego przez oferenta

(...) zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.” Obowiązkiem zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa”.

Zaniechania zamawiającego we wskazanym zakresie są tym bardziej rażące, że uniemożliwiają pozostałym uczestnikom postępowania, weryfikację zdolności wybranego wykonawcy tak do udziału w procedurze jak również zdolności do należytego wykonania zamówienia. Odwołujący, podobnie jak KIO w wyroku z dnia 27 grudnia 2012 r. (KIO 2710/12), zauważył, że „zastrzeganie informacji zawartych w ofertach stało się sposobem na pozbawianie konkurentów możliwości podważenia i zaskarżenia dokumentów i danych zawartych w złożonych ofertach. Zamawiający uchylając się od obowiązku rzetelnego zbadania takiego zastrzeżenia niejednokrotnie bezkrytycznie przyjmuje takie zastrzeżenia, nawet, gdy wykonawca zastrzega wszystkie bądź większość informacji, co prowadzi do złamania podstawowej zasady, jaką jest zasada jawności”.

Odwołujący podkreśla, że zasada jawności w systemie zamówień publicznych jest jedną z podstawowych zasad, które należy uwzględniać w trakcie przygotowywania oraz przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a która może doznać ograniczenie wyłącznie w warunkach art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp. W procesie udzielania zamówienia zasada jawności przejawia się dwójako: przez upublicznienie chęci udzielenia określonego rodzaju zamówienia oraz w jawności całej dokumentacji w tymże postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zasadę jawności postępowania wyraża art. 18 ust. 1 ustawy Pzp. Postępowanie o zamówienie publiczne jest jawne, dlatego każde naruszenie zasady jawności przyczynia się do wadliwości postępowania i w efekcie może prowadzić do jego unieważnienia. Ustawa prawo zamówień publicznych wprowadzając generalną zasadę jawności, również w stosunku do złożonych ofert, czyni jednak zastrzeżenie, 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 mogą być one ogólnie udostępnione. Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z

informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki tj.:

- a) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
- b) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- c) 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).

Zdaniem odwołującego, wybrany wykonawca w toku postępowania nie wykazał, że dokonane utajnienie w wyniku spełnienia warunków, o których mowa w przywołanym wyroku Sądu Najwyższego jest zasadne i uzasadnione stanem faktycznym i prawnym. Ocena, czy dowolna informacja zastrzeżona przez wykonawcę stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, podobnie jak wszystkie inne czynności w postępowaniu, jest obowiązkiem zamawiającego wyrażonym w przepisie art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp (por. aktualne tezy z wyroku 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). Ponadto, zgodnie z utrwalonym stanowiskiem zarówno orzecznictwa jak i doktryny pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne powinno być interpretowane ściśle. Zaniechanie odtajnienia w/w dokumentów uniemożliwia odwołującemu ocenę zgodności oferty wybranego wykonawcy z warunkami zamówienia w trybie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględni zarzut zaniechania odtajnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez przystępującego, wnosząc jednocześnie o oddalenie odwołania w pozostałej części zarzutów i przyznanie od odwołującego poniesionych przez zamawiającego kosztów postępowania.

Zamawiający wskazał, iż stosownie do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art.

II ust. 2 z dnia 16 kwietnia 1993 r. ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), dalej u.z.n.k, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Stanowiska doktryny i orzecznictwa są zgodne, że aby zastrzeżenie tajemnicy było skuteczne, musi zostać wykazane przez wykonawcę, że spełnione zostały łącznie przesłanki o charakterze formalnym nakazujące wykazanie, iż zastrzeżona informacja faktycznie nie została ujawniona do wiadomości publicznej, przy czym wykonawca zobligowany jest wskazać na konkretne działania, jakie podjął w celu ochrony poufności danej informacji, jak również przesłanki o charakterze materialnym

pozwalające na stwierdzenie,

że informacja, którą wykonawca stara się chronić, ma walor techniczny, technologiczny, organizacyjny lub inny, przy czym wykazane musi zostać, że dana informacja posiada wartość gospodarczą.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 lipca 2021 r. wydanym w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 1530/21 stwierdziła, że „Aby skutecznie zastrzec inhumacje, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, należy spełnić łącznie dwie przesłanki. Po pierwsze, oznaczyć określone informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa z uwzględnieniem trzech elementów: wartości gospodarczej, poufności oraz podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności. Po drugie, wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa danego Wykonawcy. Brak ziszczenia się którejkolwiek z dwóch wymienionych wyżej przesłanek, pociąga za sobą uznanie, że wyjaśnienia nie zawierają informacji mających walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Dlatego Wykonawca, składając wyjaśnienia zawierające informacje stanowiące - według niego - tajemnicę przedsiębiorstwa,

musi zdawać sobie sprawę z ryzyka, które podejmuje: brak skutecznego wykazania, że dane informacje zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa, skutkuje ich ujawnieniem”.

Wykonawca obowiązany jest natomiast do wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzegając więc określone informacje, powinien udowodnić,

że spełnione są przesłanki określone w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Wykazanie to może nastąpić za pomocą dowolnych środków, w tym złożenia oświadczenia uzasadniającego, dlaczego określone informacje mają przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa, lub przedstawienia innych dokumentów, np. wyciągu z umów z kontrahentami zawierających postanowienia o zachowaniu określonych okoliczności w poufności. Przedstawienie informacji uzasadniających prawidłowość zastrzeżenia powinno nastąpić wraz z przekazaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

W wyroku z dnia 27.01.2022 r. KIO stwierdziła, że: „Obowiązek „wykazania”, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa polega przede wszystkim na przedstawieniu przez Wykonawcę konkretnych okoliczności potwierdzających spełnienie wszystkich przesłanek wymaganych do uznania danych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazywane przez Wykonawcę okoliczności muszą być rzeczowe, wiarygodne, spójne i konkretne na tyle, aby umożliwiały dokonanie oceny zastrzeganych informacji w kontekście art. 11 ust. 2 u.z.n.k” - sygn. akt KIO 22/22.

Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy sporządzone przez przystępującego - w ocenie zamawiającego posiada przymiot rzeczowości, wiarygodności: spójności, konkretności i umożliwiło mu ocenę zastrzeżonych informacji i uznanie, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa (dowód: kopia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy).

Opis systemu nadzoru i kontroli wykonywanej usługi wraz z organizacją pracy oraz zastosowanymi środkami może być uznany za tajemnicę przedsiębiorstwa wraz z organizacją pracy oraz wykazem środków użytych do realizacji przedmiotu zamówienia bowiem stanowi samodzielną i obiektywną wartość gospodarczą wymagającą szczególnej ochrony. Przyjęte przez przystępującego rozwiązania mają charakter indywidualny przygotowany pod konkretnego zamawiającego i zawierają informacje technologiczne i techniczne.

Ponadto należy zauważyć, że wykonawcy świadczący usługi w zakresie utrzymania czystości często zastrzegają jako tajemnicę przedsiębiorstwa bardzo podobne informacje jak przystępujący, takie jak: technologia wykonania usługi, organizację pracy czy wykazy używanych środków, co świadczy o tym, że informacje te stanowią na rynku tych usług cenną wartość gospodarczą, o czym powinien wiedzieć również odwołujący ze względu na postępowanie odwoławcze przed KIO zakończone wyrokiem z dnia 15.02.2021 r. sygn. akt KIO 156/21. Jeden z konsorcjantów odwołującego się wykonawcy tj. Impel Facility Services sp. z o.o. zastrzegł w toku postępowania o zamówienie publiczne o utrzymanie czystości i porządku w obiektach centrali NBP w Warszawie następujące informacje: Opis technologii i zarządzania usługą sprzątania w NBP składającego się z: Doboru środków chemicznych do sprzątania, Instrukcji i procedur, Metod dezynfekcji, Planu czystości NBP, Instrukcji wykonywania usług czystości w NBP, Sposobu rozdziału rejonów do sprzątania, Procedury przy nieobecnościach pracowników, Systemu wsparcia organizacyjnego dla nowo zatrudnionych pracowników, Organizacji pracy serwisu dziennego, Innych elementów poprawiających jakość usług oraz zapewnienie ciągłości zaopatrzenia w środki czystości. Wyrokiem z dnia 15.02.2021 r. KIO oddaliła odwołanie innego wykonawcy, stwierdzając, że „w ocenie Izby, zastrzeżone przez Przystępującego dokumenty, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, bowiem poczynione zostały odpowiednie zabiegi ze strony przystępującego w celu zachowania ich w tajemnicy (nie zostały ujawnione innym podmiotom, Przystępujący poczynił odpowiednie kroki w celu zachowania tych informacji w tajemnicy), co więcej, stanowią określoną wartość gospodarczą, która może dać przewagę konkurencyjną Wykonawcy. Przystępujący tj. Impel Facility Services sp. z o.o. składając ofertę zastrzegł „Opis technologii zarządzania usługą w NBP”, zwaną „konceptcją sprzątania” jako tajemnicę przedsiębiorstwa i wskazał, iż nie może ona być udostępniana innym podmiotom. Podkreślenia wymaga fakt, iż ww. koncepcja zawiera nieujawnione do wiadomości publicznej informacje, posiadające wartość gospodarczą, co do których Przystępujący podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, ponieważ dostęp do informacji powołanych powyżej jest ograniczony i regulowany politykami ds. informacji zastrzeżonych u obu Wykonawców tworzących konsorcjum. Dokumenty zastrzeżone zawierają informacje istotne z punktu widzenia Przystępującego, posiadające wartość gospodarczą, których ujawnienie mogłoby wyrządzić szkodę Przystępującemu, jak również każdemu z członków konsorcjum z osobna. Informacja przedstawia wartość gospodarczą dla Przystępującego tego powodu, że pozostaje poufna”.

Odwolujący podnosi, że zaniechanie odtajnienia przez zamawiającego informacji zastrzeżonych przez przystępującego uniemożliwiło innym wykonawcom weryfikację zdolności wykonawcy do udziału w postępowaniu i należytego wykonania zamówienia. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Usługa sprzątania w budynkach oraz terenu zewnętrznego Centrali ZUS” - konsorcjum: Impel System Sp. z o.o., Impel Facility Services Sp. z o.o. w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny utajniło rodzaj środków czystości wykorzystywanych do realizacji zamówienia - wyrok KIO z dnia 5.03.2021 r. sygn. akt KIO 222/21, w którego uzasadnieniu Izba pisze, że „nie budzi wątpliwości fakt, że zamawiający nie ma obowiązku ujawnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa tylko z tego względu, żeby konkurujący Wykonawca mógł zweryfikować te informacje pod kątem ewentualnego postawienia zarzutów wobec danej oferty”.

Jak już wspomniano, jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest wykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. „Wykonawca nie może poprzestać na samym stwierdzeniu, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale musi «wykazać», że taką informację rzeczywiście stanowi” (uchwała KIO z 30.10.2018 r. sygn. akt KIO/KU 39/18). Stosowne uzasadnienie powodów zastrzeżenia tajemnicy wskazujące na wypełnienie przesłanek ustawowych powinno zostać złożone w tym samym momencie, w którym wykonawca przekazuje zamawiającemu informacje, które w jego ocenie powinny pozostać poufne, bez względu na to, czy będzie to moment złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty, czy też wyjaśnień wobec wezwania skierowanego do wykonawcy przez zamawiającego. Wykonawca, zastrzegając poufność przekazywanych informacji, nie może oczekiwać, że zamawiający z urzędu będzie doszukiwał się powodów, dla których należy chronić dane informacje. Ciężar wykazania konieczności udzielenia takiej ochrony przepisy Prawa zamówień publicznych w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę, a niewywiązanie się z tego obowiązku należy uznać za jednoznaczne z koniecznością ujawnienia złożonych informacji.

Przystępujący wykazał, że zastrzeżone informacje nie są powszechnie dostępne, nie znajdują się na stronach internetowych czy ogólnodostępnych bazach, a środki do realizacji usługi dobiera według własnej wiedzy, doświadczenia, posiadanego know-how, dlatego też ujawnienie informacji w zastrzeżonych dokumentach i naraziłoby zamawiającego na sankcje z art. 23 u.z.n.k. Zamawiający zgodnie z prawem uznał informacje zastrzeżone przez przystępującego za tajemnicę przedsiębiorstwa, kierując się tym, że:

- 1) zastrzeżone informacje zawierają informacje technologiczne i techniczne;
- 2) mają wartość gospodarczą;
- 3) nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości;
- 4) powzięto określone środki w celu zachowania w poufności tych informacji, w tym ustalono procedury wewnętrzne polegające na zabezpieczeniu dostępu do komputerów, ograniczono krąg osób mających dostęp do tych informacji, zawarto umowy zawierające klauzule poufności, a przystępujący wykazał powyższe przekazując bardzo szczegółowe uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy poparte dowodami w postaci Zarządzenia wewnętrznego Prezesa Zarządu DGP Dozorbud Grupa Polska sp. z o.o oraz umowy o prace jednej z pracownic.

Z przytoczonych powodów Zamawiający stwierdził, że nie zaistniały przesłanki uwzględnienia odwołania określone w art. 554 ustawy Pzp i wniósł o oddalenie odwołania zgodnie z art. 553 ustawy Pzp.

Przystępujący do postępowania - po stronie zamawiającego (konsorcjum Partner Medica) wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone

w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Izba w całości podziela argumentację zamawiającego oraz przystępującego.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o znk, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą one być udostępnione.

Mając na uwadze treść art. 11 ust. 2 ustawy o znk w związku z art. 11 ust. 1 ustawy o znk, art. 11 ust. 4 ustawy o znk określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełniają łącznie warunki:

1. mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub inny charakter, ale posiadający wartość gospodarczą,
2. jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów, nie są powszechnie znane osobom, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,
3. podjęto w stosunku do nich uzasadnione w danych okolicznościach działania w celu zachowania jej w poufności.

Zdaniem Izby, w zakresie trzech dokumentów zastrzeżonych przez przystępującego tajemnicą przedsiębiorstwa, tj. Ulotki i karty charakterystyki do wszystkich produktów określonych w załączniku nr 1 OPZ, Opisu systemu nadzoru i kontroli wykonywanej usługi, który zapewnia bieżącą ocenę jakości wykonywanej usługi, Organizacji pracy w wszystkich komórkach organizacyjnych zamawiającego, odwołujący nie wykazał bezzasadności takiego zastrzeżenia. Odwołujący nie wykazał również, aby samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa było wadliwe czy też niewystarczające. W ocenie Izby, charakterystyka danego zamówienia, każdorazowo wymusza na wykonawcy określone zachowania, wywołane specyficznym sposobem jego realizacji. Bez znaczenia jest okoliczność, na którą powoływał się odwołujący, iż zamawiający w dokumentacji postępowania podał wytyczne do jego realizacji, gdyż wytyczne te, zgodne są z przepisami ustawy Pzp, realizujące zagadnienia związane z prawidłowym opisaniem przedmiotu zamówienia (OPZ). Analizując te wytyczne, każdy z wykonawców, znając swój potencjał i środki miał możliwość opracowania koncepcji realizacji zamówienia, jako całościowego procesu mającego znamiona zbioru informacji obejmującego zarówno środki do jego wykonania oraz np. sposób nadzoru pracowniczego (kierowniczego) w celu prawidłowej realizacji zamówienia. Okoliczność,

iż dane te są dedykowane do tego zamówienia nie wyłącza możliwości zastrzeżenia ich tajemnicą przedsiębiorstwa jako know-how tego wykonawcy. Dlatego też uznać należy, iż zastrzeżone dokumenty na taką ochronę zasługują, a uzasadnienie zastrzeżenia ocenić należy jako dokonane zgodnie z wytycznymi obowiązujących w tym zakresie przepisami (art. 18 ust. 3 ustawy Pzp), poparte stosownymi dowodami.

Za przystępującym podnieść należy, iż rozwiązania przyjęte przez wykonawcę charakteryzują określoną strategię firmy w zakresie sposobu realizacji zamówienia publicznego w sposób zgodny z oczekiwaniami i wymaganiami specyfikacji przedmiotu zamówienia, przy jednoczesnym optymalnym rozłożeniu ciężaru ponoszonych obciążeń, które charakteryzują politykę firmy w celu pozyskania przedmiotowego zamówienia. Biorąc powyższe pod uwagę, wykonawca prawidłowo zastrzega informacje podane w treści dokumentów dotyczących m.in. opisu nadzoru i kontroli wykonywanej usługi, organizacji pracy według której odbywa się proces sprzątania, rodzaju czynności, których celem jest utrzymanie pomieszczeń w należytej czystości, metod które mają na celu zapobieganie gromadzeniu się zanieczyszczeń wraz z biologicznymi czynnikami chorobotwórczymi, doboru środków chemicznych, doboru urządzeń i sprzętu, zasady i metody kontroli i

monitorowania jakości sprzątania, planu utrzymania czystości, zasad organizacji pracy i zarządzania jakością opracowane przez wykonawcę na potrzeby danego postępowania sposobu realizacji usługi.

Nie jest bowiem możliwe ujawnienie zastrzeżonych informacji, które to informacje pozwoliły na takie ukształtowanie oferty w ujęciu specyficznych rozwiązań, które mogłyby być dostępne pozostałym wykonawcom, gdyż ujawnienie takie miałoby znaczący wpływ na sytuację firmy

w przyszłych postępowaniach - ułatwiając konkurencji, a nawet wręcz przyjęcie rozwiązań tych wykonawców - w sporządzaniu własnych ofert, niwelując przewagę konkurencyjną tych wykonawców wobec wykonawcy. Ułatwienie innym wykonawcom dostępu do tajemnic handlowych, strategii firmy, przyjętych metod kontroli należytej realizacji usługi, które następnie mają przełożenie na sposobu prowadzenia polityki cenowej i pozyskanych ofert, prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Informacje o przyjętych u danego wykonawcy zasadach doboru środków, urządzeń, sprzętu, zasadach i metodach kontroli realizacji zamówienia, planie utrzymania czystości nie jest informacją powszechnie dostępną, zamieszczaną na stronach wykonawcy czy ogólnodostępnych bazach. Zamawiający nie narzucił wykonawcy dokładnych środków, przy użyciu których wykonawca ma realizować usługę a jedynie postawił wymagania co do niektórych. Wykonawca dobierał środki wg własnej wiedzy, doświadczenia i posiadanego know-how. Informacje te są przekazywane bezpośrednio do właściwych podmiotów m.in. zamawiający na rzecz których usługa jest realizowana. Jedynie zamawiający i inne podmioty prawa uprawnione w granicach przyznanych im ustawą kompetencji posiadają wgląd do tego rodzaju informacji, zdecydowanie jedynym z tych podmiotów nie jest inny wykonawca. Koncepcja wykonania Usługi przyjęta przez wykonawcę do realizacji zamówienia ma charakter zmienny, wiedzę w zakresie poprawności jej sformułowania czerpie się w części z dotychczasowych doświadczeń i wiedzy wykonawcy ujętych między innymi w stosownych aktach wewnętrznych funkcjonujących w ramach struktury wykonawcy. Tym samym, Koncepcja w połączeniu z wymogami konkretnego opisu przedmiotu zamówienia, stanowi

know-how wykonawcy.

Prawdopodobieństwo konkurowania w przyszłości z innymi wykonawcami o pozyskanie zamówienia o podobnym zakresie jest wysoce prawdopodobne, zatem objęcie ochroną tajemnicy przedsiębiorstwa przedmiotowych dokumentów jest w pełni uzasadnione. Przyjąć przy tym należy, za stanowiskiem doktryny, liberalną wykładnię pojęcia wartości gospodarczej, która zakłada, że chodzi o minimalną aktualną lub potencjalną wartość gospodarczą informacji (zob. [w:] M. Zdyb, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz., Lex 2011, Komentarz do art. 11 Ustawy, pkt. IV).

Opis systemu nadzoru i kontrola wykonywanej usługi, organizacja pracy we wszystkich komórkach organizacyjnych wraz z wykazem środków pokazuje, w jaki sposób wykonawca zamierza zorganizować pracę na kontrakcie z jednej strony w celu zapewnienia należytego wykonania zamówienia z drugiej strony w celu minimalizacji kosztów własnych. Technologia, w tym ustalenie odpowiedniej ich ilości i jakości spośród metod, środków, urządzeń, zasad kontroli realizacji usługi dostępnych na rynku, które pozwolą na osiągnięcie wymagań SWZ, zorganizowanie pracy przy kontrakcie, jest każdorazowo dostosowywane do wymagań danego kontraktu, jednocześnie jednak wykonawca wykorzystuje tu wiedzę i doświadczenie zdobyte w związku z realizacją innych zamówień - wypracowane przez lata funkcjonowania na rynku. Mając na uwadze, iż czynnik kontroli jest kluczowy przy realizacji tego typu zamówień, optymalizacja organizacji pracy i wypracowanie odpowiednich metod jest kluczowe dla zachowania przez wykonawcę konkurencyjnej pozycji na rynku.

Dopiero zestawienie informacji teoretycznie w części dostępnych dla szerszego kręgu odbiorców przesądza o wiedzy wykonawcy. Zwłaszcza, że wybór spośród dostępnych środków czy urządzeń czy też różnych metod realizacji i kontroli realizacji usługi ma przełożenie na wysokość oferowanej ceny. Znalezienie balansu pomiędzy oczekiwaniami zamawiającego, a dostępnymi środkami i urządzeniami, metodami kontroli w sposób zapewniający należyte wykonanie zamówienia w cenie, która daje przewagę na rynku stanowi o know-how wykonawcy. Dobór przyjętych metod realizacji, środków, sprzętu urządzeń tak aby spełnić wymagania dokumentacji postępowania a jednocześnie uzyskać najkorzystniejszą cenę przekłada się na wycenę usługi. Inaczej wycenia się placówkę medyczną a inaczej Kancelarie Sejmu. Są to zatem dokumenty, które stanowią element tajemnicy przedsiębiorstwa. Idą za tym umowy z dostawcami, producentami, dystrybutorami tak w skali polski jaki i na potrzeby realizowanego kontraktu. Szczegółowy plan sposobu realizacji zamówienia, jako część wypracowanej, długoletniej praktyki oraz doświadczenia wykonawcy, stanowi istotny element konkurencji na rynku, pozyskiwania nowych kontraktów czy też efektywnej realizacji zamierzonych celów.

Zastrzegane informacje bez wątpienia są informacjami, które posiadają wartość gospodarczą, gdyż stanowią wiedzę, którą posłużyć może się inny, zwłaszcza konkurencyjny podmiot, w celu osiągnięcia korzyści gospodarczych dla siebie, co uzasadnia wyłączenie ich jawności. Informacje przedstawiają także samodzielną wartość handlową w stopniu uzasadniającym konieczność ochrony przedmiotowych informacji przed ich bezprawnym ujawnieniem. Ekonomiczna wartość informacji wynika z faktu, że informacje te zawierają dane, które pozwalają na uzyskanie wiedzy na temat aktywności gospodarczej przedsiębiorcy (m.in. rodzaju metod kontroli, planu utrzymania czystości, środków czy urządzeń, które wskazują po nazwie na konkretnego producenta a ten na źródła dostaw), co w przypadku ujawnienia tych informacji mogłoby negatywnie wpłynąć na możliwość efektywnego konkutowania pomiędzy przedsiębiorcami. Ujawnienie zastrzeżonych informacji, w szczególności danych o konkretnych metodach kontroli spełniających wymagania zamawiającego, szczegółowe procedury i instrukcje utrzymania czystości pod kątem dostosowania do potrzeb i specyfiki szpitala, czy dobór środków dezynfekcyjnych, myjąco-czyszczących do realizacji usługi miałyby znaczący wpływ na sytuację wykonawcy w przyszłych postępowaniach - ułatwiając konkurencji sporządzenie własnych ofert, a wręcz przyjęcie rozwiązań wykonawcy przez konkurencyjnych wykonawców. Zastrzeżone informacje są informacjami istotnymi i stanowiącymi, jako informacje techniczne, technologiczne i organizacyjne przedstawiające wartość gospodarczą, tajemnicę przedsiębiorstwa. Ujawnienie tych informacji mogłoby wyrządzić szkodę przystępującemu.

Jak słusznie wskazała Izba w wyroku z dnia 20 lutego 2012 r., sygn. akt. KIO 277/12

„Tego rodzaju dokumenty, jak (...) 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 tzw. "Plan Higieny," w odniesieniu do czystości i dezynfekcji, wyznaczaniem częstotliwości sprzątania oraz dezynfekcji, który odpowiada na pytania zamawiającego w tym konkretnym zindywidualizowanym postępowaniu: co?, jak?, kiedy? i czym? będzie sprzątane, opracowany samodzielnie przez wykonawcę wraz z opisami dołączonymi do wypełnionego formularza 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 zostały zindywidualizowaną treścią przez (...), 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 sprzątania, w tym utrzymania właściwego stanu sanitarno-epidemiologicznego obiektów i wyposażenia, w celu wyeliminowania w najwyższym możliwym stopniu zakażeń szpitalnych. Ww. informacje stanowią know-how przedsiębiorstwa świadczącego usługi sprzątania, 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 sprzątania, 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”.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020

r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz.

2437).

Przewodniczący: