

WYROK
z dnia 21 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Jankowska

Członkowie: Marek Koleśnikow

Sylwester Kuchnio

Protokolant: Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 lipca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Spółdzielnię Inwalidów "Naprzód" w Krakowie, 31-215 Kraków, śabiniec 46** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, 95-200 Pabianice, ul. Jana Pawła II 68** protestu z dnia **1 czerwca 2009 r.**

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

orzeka:

1. Oddała odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, 31-215 Kraków, śabiniec 46

i nakazuje:

-
- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, 31-215 Kraków, śabiniec 46;**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
 - 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, 31-215 Kraków, śabiniec 46**

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Pabianicach, ul. Jana Pawła II 68, 95-200 Pabianice – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług sprzątania, utrzymania porządku i czystości, dezynfekcji w pomieszczeniach Zakładu oraz usług transportowych.

Postępowanie prowadzone jest w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 1655 ze zmianami, zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 1 czerwca 2009 roku Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie, ul. śabiniec 46, 31-215 Kraków, zwana dalej odwołującym się, wniosła protest na czynności zamawiającego polegające na ocenie i wyborze oferty ISS Facility Services Sp. z o.o.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w stosunku do wykonawcy wybranego poprzez zaniechanie czynności odrzucenia jego oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ

- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej pomimo, że podlega ona odrzuceniu,

- art. 7 i art. 8 poprzez zaniechanie czynności odtajnienia części zastrzeżonej oferty wykonawcy wybranego.

Wskazując na powyższe odwołujący się zażądał:

2

- uchylecia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy ISS Facility Services Sp. z o.o.

- odrzucenia oferty wykonawcy ISS Facility Services sp. z o.o., ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ i jest niezgodna z wymaganiami zamawiającego,

- dokonania czynności odtajnienia części oferty ISS Facility Services sp. z o.o. jako bezprawnie zastrzeżonej przez tegoż wykonawcę

- dokonania ponownej czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej .

Odwołujący się oświadczył, że posiada interes prawny i faktyczny w wniesieniu protestu albowiem oferta jego jest ważna, a w przypadku uwzględnienia protestu i również najkorzystniejsza.

W uzasadnieniu podniósł, iż, w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający w siwz w części I „Opis wymagań” pkt 1 ppkt h wskazał, iż wymaga przygotowania i złożenia wraz z ofertą (...) planu dotyczącego realizacji usługi z planem higieny (m.in. plan higieny i instrukcje dezynfekcji, wykaz środków czystości i preparatów dezynfekcyjnych proponowanych do wykonania usługi), dotyczącego zabezpieczenia właściwego stanu sanitarno-epidemiologicznego, w zakresie objętym przedmiotem zamówienia uwzględniającym specyfikę zamawiającego i obowiązujące przepisy. Jednocześnie uczynił zapis pod pkt 1 cyt.: „Nie spełnienie chociażby jednego z ww. wymagań skutkować będzie odrzuceniem wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia w oparciu o przesłanki zawarte w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp”.

Odwołujący się wskazał, iż jego zdaniem wykonawca ISS Facility Services sp. z o.o. składając ofertę nie uwzględnił w opisie proponowanych środków dezynfekcyjnych, chemicznych mydła do mycia rąk oraz środka do dezynfekcji rąk, tym samym jego oferta jest niezgodna z treścią SIWZ i podlega odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W zakresie naruszenia art. 7 i 8 ustawy Pzp odwołujący się stwierdził, iż dokonując przeglądu ofert po dacie dokonania przez zamawiającego czynności oceny ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej, stwierdził, że oferta wykonawcy ISS Facility Services sp. z o.o. została zastrzeżona w zakresie procedur i instrukcji (str. 86-125 oferty) wymaganych przez zamawiającego w części I pkt 1 SIWZ będących elementem planu dotyczącego realizacji usługi jako tajna, tzn. jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący się podkreślił, iż tajemnica przedsiębiorstwa, w myśl art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu konkurencji, odnosi się do nie ujawniania informacji technicznych, technologicznych przedsiębiorstwa lub innych informacji z zakresu wartości gospodarczych, co do których przedsiębiorca podjął skuteczne i niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Zgodnie z siwz wykonawca zobowiązany był do złożenia np. instrukcji przygotowywania roztworów roboczych, które mógł opracować tylko i wyłącznie w oparciu o informacje powszechnie udostępniane przez producenta, a opracowanie instrukcji w sposób

3

odbiegający od tych informacji stwarzałoby zagrożenie epidemiologiczne i wykazywało na daleko idącą lekkość wykonawcy. Tym samym trudno w tym przypadku uznać skuteczność zastrzeżenia informacji szczególnie, kiedy mają one posiadać samodzielną wartość gospodarczą, a zawierają informacje powszechnie znane. W związku z tym wykonawca ISS Facility Services sp. z o.o. dokonał nieuprawnionego zastrzeżenia oferty w zakresie instrukcji i procedur, a zamawiający dokonał naruszenia art. 7 i 8 ustawy Pzp poprzez ich nie odtajnienie.

Pismem z dnia 12 czerwca 2009 roku zamawiający oddalił protest.

W uzasadnieniu wskazał, że nie wymagał wykazu środków higienicznych, ale wykazu środków czystości i preparatów dezynfekcyjnych. Dodatkowo wg ustawy z dnia 30 marca 2001 roku o kosmetykach mydło w płynie jest kosmetykiem, czyli środkiem do zewnętrznego kontaktu z ciałem człowieka, natomiast środek do dezynfekcji rąk nie był przedmiotem zamówienia. Odwołujący się niedokładnie interpretuje zapisy siwz, które to bardzo jasno pokazują, jakiego wykazu żądał zamawiający – część I wymagania zamawiającego pkt 1

ppkt h, cyt. „zamawiający wymaga przygotowania i złożenia wraz z ofertą planu obsady dobowej poszczególnych odcinków, planu dotyczącego realizacji usług z planem higieny, wykaz środków czystości i preparatów dezynfekcyjnych proponowanych do wykonania usługi w określonych strefach. Zdaniem zamawiającego odwołujący się pomylił środki, które służą do przedmiotowej realizacji usługi ze środkami służącymi do zapewnienia higieny – część I wymagania zamawiającego pkt 1 ppkt c.

W zakresie zarzutu drugiego odwołujący się uważa, że oferta ISS została nieprawnie zastrzeżona w zakresie instrukcji i procedur wymaganych przez zamawiającego w części I pkt 1 ppkt pakt (zamawiający nie wie, o który podpunkt chodzi) jako tajemnica przedsiębiorstwa. Producent preparatów dezynfekcyjnych określa procentowość, czas działania, zakres działania danego środka dezynfekcyjnego wg norm unijnych. Zamawiający potrafi korzystać z ogólnie dostępnych informacji i samodzielnie bez pomocy firm ustalić ww. dane. Zamawiający nie wymagał zatem w siwz określenia procentowości, czasu działania, zakresu działania, gdyż są to informacje, które podaje producent danego środka. Zamawiający wymagał jedynie podania instrukcji przygotowania roztworów w odniesieniu do zachowania się pracownika podczas przygotowania środków dezynfekcyjnych. Przedstawione przez ISS instrukcje są opracowane przez ISS, należy zatem stwierdzić, że mogą być podstawą do zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W dniu 22 czerwca 2009 roku pismem złożonym w placówce pocztowej operatora publicznego odwołujący się złożył odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Zamówień Publicznych.

4

W odwołaniu podtrzymał zarzuty, wnioski i argumenty zawarte w proteście, z tym wyjątkiem, że stwierdził, iż ISS Facility Services Sp. z o.o. nie uwzględniła w swojej ofercie mydła do rąk, natomiast nie podtrzymał zarzutu nie uwzględnienia środka do dezynfekcji rąk.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił ISS Facility Services Sp. z o.o.

Skład orzekający Izby na rozprawie z udziałem właściwie umocowanych pełnomocników stron i przystępującego ISS Facility Services Sp. z o.o., przeprowadził dowody z dokumentacji akt sprawy, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz oferty przystępującego, nadto rozważył stanowiska stron złożone do akt sprawy, ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie jest niezasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do wnoszenia środków odwoławczych w niniejszej sprawie. Ewentualne uwzględnienie odwołania może bowiem spowodować uznanie oferty odwołującego się za najkorzystniejszą.

Izba ustaliła, iż w części I ust. 1 lit. c siwz zamawiający postawił wymóg, iż wykonawca zapewni bieżące wyposażenie wszystkich sanitariatów i pozostałych pomieszczeń po uzgodnieniu z zamawiającym podlegających świadczeniu usług, w następujące środki higieniczne:

- ręczniki papierowe + dozowniki – nie mniej niż 200 szt.
- papier toaletowy + dozowniki – nie mniej niż 200 szt.
- mydło w płynie + dozowniki łokciowe + dozowniki zwykłe w części administracyjno-biurowej – nie mniej niż 200 szt.
- worki foliowe na śmieci
- worki foliowe na brudną bieliznę.

Ww. artykuły finansowane będą przez wykonawcę. Wyposażenie w ww. dozowniki nastąpi w okresie do 2 miesięcy od zawarcia umowy.

Z kolei, w części I ust. 1 lit. h zamawiający wymagał przygotowania i złożenia wraz z ofertą (...) wykazu środków czystości i preparatów dezynfekcyjnych proponowanych do wykonania usługi w określonych strefach (...).

W ocenie Izby wskazane w części I ust. 1 lit. c środki higieniczne nie są tożsame ze środkami czystości, których wykazu żądał zamawiający w części I ust. 1 lit. h. Wskazuje na to również konfrontacja zapisów części I ust. 1 lit. c i e, w których zamawiający wskazuje, że

środki higieniczne (lit. c) oraz środki czystości i dezynfekcji (lit. e) będą finansowane przez wykonawcę. Tym samym nieuprawnione jest przyjęcie, że jeden ze środków higienicznych (mydło) winien znaleźć się w przedmiotowym wykazie.

Na poparcie zasługuje stanowisko wyrażone zarówno przez zamawiającego, jak i przez przystępującego, iż konieczność zamieszczenia w wykazie środków czystości i preparatów dezynfekcyjnych dotyczy tych substancji, za pomocą których wykonawca będzie wykonywał usługi czyszczenia i dezynfekcji. Zamawiający konsekwentnie używa dwóch różnych sformułowań, tj.: środki czystości i środki higieniczne. To odwołujący się wydaje się nie zauważać różnicy w obu rodzajach środków.

Ustosunkowując się do zarzutu dotyczącego nieuprawnionego utajnienia części oferty przystępującego, Izba uznała, że zarzut ten nie jest zasadny.

W myśl art. 8 ust. 3 zd. 1 ustawy Pzp 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.

Stosownie do art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153, poz. 1503 ze zmianami) 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 poufności.

Aby można było mówić o uprawnionym bądź nieuprawnionym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, Zamawiający powinien dokonać oceny, czy łącznie zostały spełnione przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. O uznaniu za tajemnicę przedsiębiorstwa decyduje charakter informacji, jakie zostały zastrzeżone.

W orzecznictwie przyjmuje się, iż informacja ma charakter technologiczny, gdy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania, zaś informacja handlowa obejmuje całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3.10.2000 r., I CKN 304/00). Ponadto, jak stwierdził Sąd Najwyższy, cyt. przepis wyklucza objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze (wyrok SN z dnia 5.09.2001 r., I CKN 1159/00, OSNC 2002/5/67).

Wykonawca ISS Facility Services Sp. z o.o. w swojej ofercie zastrzegł informacje dotyczące procedur sprzątania, instrukcji, karty kontroli i opisu technologii świadczenia

usługi. Ponadto podjął działania zapobiegające ujawnieniu tych informacji i wyraził wolę objęcia ich ochroną. Informacje te nie są informacjami, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, gdzie wymienia się nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. W opinii Izby zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do ww. informacji było uzasadnione w świetle przytoczonych przepisów i orzecznictwa.

Z uwagi na powyższe należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a, ust. 2 oraz ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz Dz. U. z 2008 roku Nr 182, poz. 1122).

Izba nie uwzględniła wniosku pełnomocnika zamawiającego o przyznanie kosztów zastępstwa profesjonalnego pełnomocnika w wysokości 7.200,00 zł. Stosownie do § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b wskazanego wyżej rozporządzenia z dnia 9 lipca 2007 roku do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty uczestników postępowania odwoławczego, z wyłączeniem kosztów wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do

postępowania odwoławczego na podstawie art. 184 ust. 4 ustawy, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności wynagrodzenie pełnomocnika, jednak nie wyższe niż kwota 3.600 zł.

Przepis ten obliguje stronę żądającą zasądzenia na jej rzecz kosztów zastępstwa pełnomocnika, złożenia do akt sprawy rachunku, z którego wynika wysokość poniesionych kosztów. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wymaganego rachunku nie przedłożył. Ponadto stwierdzić należy, że w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą nie znajdują zastosowania przepisy Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz. 1349 ze zmianami), z którego pełnomocnik wywodził wysokość należnego wynagrodzenia.

7

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

8