

Wrocław, dnia 13 czerwca 2022 roku

Prezes

Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17A, 02- 676 Warszawa

Odwołujący:

Konsorcjum

Impel System Sp. z o. o. – lider konsorcjum

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

Adres e-mail: **p.dzikowski@impel.pl**

Tel.: **510 016 189**

reprezentowana przez: **Piotr Dzikowski**

Zamawiający:

Szpital Powiatowy we Wrześni Sp z o.o. w restrukturyzacji

ul. Słowackiego 2; 62-300 Wrzesnia

E-mail: **kjedraszak@szpitalwrzesnia.home.pl**

Tel.: +48 614370537 Faks: +48 614379730

https://platformazakupowa.pl/pn/szpital_wrzesnia.

ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r.- Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) składamy odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług w zakresie kompleksowego utrzymania czystości i transportu wewnętrznego w Szpitalu Powiatowym we Wrześni Sp. z o.o. w restrukturyzacji”.

Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

Ogłoszenie nr 2022/S 077-209971 z dnia 20.04.2022r.

Świadczenie usług w zakresie kompleksowego utrzymania czystości i transportu wewnętrznego w Szpitalu Powiatowym we Wrześni Sp. z o.o. w restrukturyzacji.

Numer referencyjny: SA-381-4/22.

Wskazanie czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy oraz zwięzłe przytoczenie zarzutów:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów, które ma wpływ na wynik postępowania:

- 1) art. 16 pkt. 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie oferty Wykonawcy: Konsorcjum Partner Medica Sp. z o.o. lider konsorcjum, DGP Clean Partner Sp. z o.o., Seban Sp. z o.o., OP Sp. z o.o. (zwane dalej Konsorcjum MEDICA);
- 2) art. 18 ust. 1-3 ustawy prawo zamówień publicznych w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy prawo zamówień publicznych przez zaniechanie przez Zamawiającego odtajnienia dokumentów złożonych przez Wykonawcę Konsorcjum MEDICA;
- 3) art. 239 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wadliwy wybór przez Zamawiającego oferty najkorzystniejszej oferty.

Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

W związku z powyższymi zarzutami wnoszę 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.

Wskazanie interesu Odwołującego:

Odwołujący ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ w razie uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu.

UZASADNIENIE

Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych odwołania oraz wskazanie dowodów na ich poparcie.

Odwołujący w dniu 02 czerwca 2022 r. na podstawie przekazanego przez Zamawiającego zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej (por. pismo nr S.A.381.4/22 z dnia 02.06.2022r.) powziął informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący nie może zgodzić się z zasadnością takiej decyzji Zamawiającego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1-3 ustawy prawo zamówień publicznych Odwołujący wskazuje, że Wykonawca Konsorcjum MEDICA w dniu 30.05.2022r. 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 podnosi, 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 zaznacza, że zaniechanie odtajnienia przez Zamawiającego pisma z zastrzeżeniem poufności oraz zastrzeżonych dokumentów, stanowi naruszenie podstawowych i fundamentalnych zasad ustawy Prawo zamówień publicznych. 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), zauważa, 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 Prawo zamówień publicznych. 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 Prawo zamówień publicznych. 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 200t Nr 4, poz. 59).

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 prawo zamówień publicznych (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 prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.