

Poznań, dnia 18.01.2024 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych**
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

**Zamawiający: Szpital Wielospecjalistyczny im. Dr. Ludwika Błazka
w Inowrocławiu**

ul. Poznańska 97, 88-100 Inowrocław, tel.: 52 35 45 500

sekr.nacz@szpitalino.pl

zam.pub@szpitalino.pl

Odwołujący: Konsorcjum firm:

CLAR SYSTEM Spółka Akcyjna

ul. Janickiego 20B, 60-542 Poznań

numer KRS: 0000189335

Clar Serwis Spółka z o.o.

ul. Janickiego 20B, 60-542 Poznań

numer KRS: 0000441001

„Solcom – Bayard” Spółka z o.o.

ul. Janickiego 20B, 60-542 Poznań

numer KRS: 0000057572

Hospital System Sp. z o.o.

ul. Janickiego 20B, 60-542 Poznań

numer KRS: 0000398239

tel.: (61) 66 01 100, faks: (61) 62 20 622

e-mail: clarsystem@clarsystem.pl

reprezentowane przez:

radcę prawnego Łukasza Łysenko – pełnomocnika

Adres, telefon i faks jak u odwołującego się wykonawcy

e-mail: clarsystem@clarsystem.pl

ODWOŁANIE

Określenie przedmiotu zamówienia:

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Szpital Wielospecjalistyczny im. Dr. Ludwika Błazka w Inowrocławiu w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości szacunkowej przekraczającej progi unijne określone na podstawie art. 3 ustawy Pzp, którego przedmiotem jest „*Usługa kompleksowego utrzymania porządku, czystości i dezynfekcji, transportu wewnętrznego oraz czynności pomocniczych przy pacjencie w pomieszczeniach Szpitala Wielospecjalistycznego im dr. Ludwika Błazka w Inowrocławiu*” (nr referencyjny postępowania: D-44/2023).

Numer ogłoszenia, jeżeli zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych:

Wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy:

Działając w imieniu odwołujących się wykonawców, tj. konsorcjum firm: Clar System Spółka akcyjna, Clar Serwis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, „Solcom-Bayard” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Hospital System Sp. z o.o. (zwanymi dalej łącznie: „**Odwołującym**”), powołując się na udzielone mi pełnomocnictwo (oryginał w załączeniu), na podstawie art. 505 i nast. ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej zwanej „**ustawą Pzp**”), wnoszę niniejszym odwołanie od niezgodnych z przepisami czynności Zamawiającego oraz od zaniechania przez Zamawiającego dokonania czynności, do których był zobligowany przepisami ustawy Pzp, a mianowicie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy oraz zaniechania unieważnienia postępowania z uwagi na niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zwięzłe przedstawienie zarzutów:

Wobec powyższego poniżej wskazuję czynności oraz zaniechania czynności Zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami oraz przedstawiam zwięzłe przytoczenie zarzutów:

1. naruszenie przepisów art. 255 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomimo, że postępowanie to obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
ewentualnie, gdyby powyższy zarzut nr 1 nie został uwzględniony przez Izbę, Odwołujący się formułuje poniżej kolejny zarzut:
2. naruszenie przepisu art. 18 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 74 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez nieuprawnione przyjęcie przez Zamawiającego, że wykaz wszystkich środków dezynfekcyjnych, myjąco – dezynfekcyjnych, myjących, czyszczących, które będą stosowane podczas realizacji usługi na rzecz Zamawiającego (zwany dalej: „**wykazem środków**”) złożony przez wykonawcę Konsorcjum: Naprzód Hospital Sp. z o.o., Naprzód Marketing Sp. z o.o. oraz Naprzód Service Sp. z o.o. (zwane dalej łącznie: „**Konsorcjum Naprzód**”) stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy, i w konsekwencji nie podlega ujawnieniu wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu, co w szczególności uniemożliwiło zarazem Odwołującemu postawienie kolejnych zarzutów mających swoją podstawę faktyczną w treści wykazu środków Konsorcjum Naprzód.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia bowiem jego oferta jest ofertą prawidłową i ważną w niniejszym postępowaniu. Oferta Odwołującego jest drugą ofertą w rankingu najkorzystniejszych ofert w ramach dokonanej przez Zamawiającego oceny. Gdyby zaś nie dopuszczenie się przez Zamawiającego uchybień wskazanych w niniejszym odwołaniu, możliwe jest, że oferta Odwołującego się zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Materialnoprawna przesłanka wniesienia odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp jest spełniona wobec Odwołującego także jeśli – jak to ma miejsce w niniejszej sprawie odwoławczej – żąda

on unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podnosząc zarzut zaniechania tej obligatoryjnej czynności przez instytucję zamawiającą.

Przechodząc w tym zakresie do szczegółu.

Przez „zamówienie” w rozumieniu art. 505 ust. 1 nie należy bowiem rozumieć danego postępowania, lecz dany przedmiot zamówienia, niezależnie od tego, w którym postępowaniu jest zamawiane. Warto w tym miejscu odwołać się do orzecznictwa europejskiego, gdzie w wyroku z 11.05.2017 r., C-131/16, Archus sp. z o.o. i Gama Jacek Lipik przeciwko Polskiemu Górnictwu Naftowemu i Gazownictwu S.A., EU:C:2017:358, TSUE wskazał, że w sytuacji, w której w postępowaniu złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty wygrywającego oferenta. W związku z tym pojęcie „dane zamówienie” w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady 92/13/EWG z 25.02.1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.Urz. UE L 76, s. 14), zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 11.12.2007 r. (Dz.Urz. UE L 335, s. 31), może dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jeśli zaś chodzi o orzecznictwo krajowe, odwołać w powyższym zakresie należy się przede wszystkim do następujących judykatów. KIO w wyroku z 28.05.2019 r., sygn.. KIO 873/19 wskazała: „*W świetle prounijnej wykładni przepisów dotyczących zamówień publicznych, pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia winno być wykładane w ten sposób, że dane zamówienie publiczne nie oznacza konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, a winno być łączone z definicją legalną zamówienia publicznego, zawartą w art. 2 pkt 13 p.z.p. Niezależnie od liczby postępowań o udzielenie zamówienia – o tożsamym przedmiocie, które prowadzone są przez tego samego zamawiającego – dopóki nie zostanie zawarta umowa, to jest to ubieganie się o to samo – dane zamówienie publiczne i do tego czasu wykonawca ma interes w jego uzyskaniu, rozumiany jako możliwość wykonania zamówienia publicznego w kolejnym, nowym postępowaniu*”. Natomiast w wyroku z dnia 05.09.2016 r., sygn.. KIO 1556/16, KIO stwierdziła: „*To, że odwołujący może nie mieć w dacie wniesienia odwołania interesu w uzyskaniu danego zamówienia w ramach określonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – zamkniętego w granicach wyznaczonych publikacją ogłoszenia o zamówieniu i podpisaniem umowy, do którego doszło w wyniku naruszenia procedury postępowania o zamówienie przez zamawiającego, nie oznacza to, że nie ma on interesu w zawarciu umowy z nim w ramach nowego postępowania i dążenia do eliminacji zaistniałej wady. Tym samym w niniejszej sprawie Izba wyraża przekonanie, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia (...) wyrażający się w dążeniu do unieważnienia przedmiotowego postępowania, w ocenie odwołującego dotkniętego wadami, i stworzenia sobie możliwości uzyskania zamówienia w nowym postępowaniu. Tym samym odmowa przyznania mu takiego interesu byłaby sprzeczna z prowsólnotową wykładnią art. 179 ust. 1 ustawy. W ocenie Izby odwołujący może w niniejszym postępowaniu ponieść szkodę w postaci nie uzyskania umowy na przedmiotowe zamówienie, co wypełnia normę art. 179 ust. 1 ustawy*”. Z kolei w wyroku z dnia 04.10.2018 r., sygn.. KIO 1888/18, zważono, że: „*Interesu wykonawcy w uzyskaniu kontraktu nie należy odnosić tylko do «danego postępowania», ale do «danego zamówienia». Pojęcie «danego zamówienia» jest więc pojęciem szerszym od pojęcia samego postępowania o udzielenie zamówienia. Zamówienia bowiem można udzielić nie tylko w wyniku przeprowadzenia jednego postępowania, lecz*

tych postępowań może być więcej, zwłaszcza w sytuacji, kiedy w wyniku poprzedniego postępowanie w tej samej sprawie nie wyłoniono wykonawcy albo nie udzielono zamówienia”. Analogicznie orzekła KIO w wyroku z 05.11.2018 r., sygn.. KIO 2144/18, orzekając, że: „Pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia, odnosi się nie do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale do możliwości uzyskania świadczenia będącego przedmiotem zamówienia publicznego. W tej sytuacji wykonawca, którego oferta nie podlegała ostatecznemu wykluczeniu, czy ostatecznemu odrzuceniu może mieć interes w uzyskaniu tego samego świadczenia od zamawiającego w ramach innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, także w przypadku unieważnienia wcześniejszego postępowania, oczywiście pod warunkiem, że świadczenia z obu postępowań nie będą istotnie się od siebie różnić, w taki sposób, iż nie będzie można już mówić o tożsamości świadczeń. Skoro tak szeroko orzecznictwo unijne stanowiące element prawa pierwotnego Unii Europejskiej nakazuje postrzegać interes, to również możliwość poniesienia szkody może być postrzegana jako utrata zysku, nie w tym konkretnym postępowaniu, ale jako utrata zysków jakie można byłoby uzyskać za to samo świadczenie w innym postępowaniu”.

Odwołanie niniejsze zostało wniesione w terminie zgodnym z ustawą Pzp, gdyż o wskazanych w niniejszym odwołaniu czynnościach Zamawiającego Odwołujący się dowiedział się w dniu 08.01.2024 r. tj. w dniu otrzymania drogą elektroniczną od Zamawiającego zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Wpis od odwołania został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych także w ustawowym terminie i wysokości.

Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:
--

Mając powyższe na uwadze, wnoszę o:

1. uwzględnienie odwołania i uchylenie skutków prawnych zaskarżonych czynności poprzez nakazanie Zamawiającemu:
 - a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ewentualnie
 - b) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazanie instytucji zamawiającej udostępnienie Odwołującemu się wykazu środków Konsorcjum Naprzód;
2. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym także kosztami związanymi z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy Izby oraz kosztami wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł.

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

Zamawiający w dniu 08.01.2024 roku dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. W ramach dokonanej przez Zamawiającego oceny oferta Odwołującego jest drugą w rankingu ofert najkorzystniejszych. Oferta Konsorcjum Naprzód została zaś oceniona jako najkorzystniejsza i tę ofertę Zamawiający wybrał.

Uszło jednak uwadze Zamawiającego, że:

1. prowadzone przez niego postępowanie o udzielenie zamówienia obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,
2. wykaz środków Konsorcjum Naprzód nie stanowi dokumentu zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy, o której mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wobec czego instytucja zamawiająca nie miała podstaw do zastosowania przepisu art. 18 ust. 2 i 3 ustawy Pzp skutkujących nieujawnieniem tego wykazu Odwołującemu się. Konsorcjum Naprzód nie wykazało instytucji zamawiającego zgodnie z obowiązującymi przepisami tego, że wykaz środków – informacje nim objęte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy.

Uzasadniając powyższe, w opytcie sformułowanych w *petitum* niniejszego odwołania zarzutów, zważyć należy kolejno, co następuje.

I. Przedmiotem prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest usługa kompleksowego utrzymania porządku, czystości i dezynfekcji, transportu wewnętrznego oraz czynności pomocniczych przy pacjencie w pomieszczeniach Szpitala Wielospecjalistycznego im dr. Ludwika Błażka w Inowrocławiu.

W punkcie 10 SWZ (str. 22 i nast.) Zamawiający wskazał, że:

„1. Wykonawca wskazuje formularzu stanowiącym Załącznik Nr 2 do SWZ cenę jednostkowe netto, stawkę podatku VAT oraz wartość brutto poszczególnych pozycji jak również wartość brutto całości danego Zadania.

(...)

4. Cenę oferty/ceny jednostkowe należy obliczyć, uwzględniając całość wynagrodzenia wykonawcy za prawidłowe wykonanie umowy. Wykonawca jest zobowiązany skalkulować cenę na podstawie wszelkich wymogów związanych z realizacją zamówienia.

(...)

Cena ofertowa/cenę jednostkowe muszą obejmować wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, wszystkie inne koszty oraz ewentualne upusty i rabaty a także wszystkie potencjalne ryzyka ekonomiczne, jakie mogą wystąpić przy realizacji przedmiotu umowy, wynikające z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy”.

Nie może budzić wątpliwości stwierdzenie, że cena łączna musi być oparta na cenach jednostkowych, co do których sposób obliczenia powinien być jasno i precyzyjnie określony (ustalony), a przede wszystkim powinien być taki sam dla każdego z wykonawców.

W cytowanym wyżej punkcie 10 SWZ Zamawiający popełnił oczywistą omyłkę pisarską określając formularz, który należy wypełnić w zakresie ceny Załącznikiem nr 2 – zgodnie bowiem z numeracją załączników do SWZ formularz ofertowy (ofertę) stanowi Załącznik nr 1 i Załącznik nr 1a do SWZ razem wzięte. Powyższe wynika z:

- 1) jak już wskazano z samej numeracji Załączników do SWZ;
- 2) z wyliczenia załączników do SWZ zawartego na str. 31 SWZ, gdzie instytucja zamawiająca wyraźnie stanowi: „Załączniki do SWZ: Wzór oferty (Załącznik nr 1 i 1A) (...)”
- 3) z faktu, że tylko treścią Załącznika nr 1a do SWZ instytucja zamawiająca wymagała od wykonawców podania cen jednostkowych.

W załączniku nr 1a do SWZ Zamawiający określił zatem wymóg, by każdy z wykonawców podał wysokość ceny oferowanych usług podając cenę za 1m² a następnie mnożąc cenę jednostkową przez ilość metrów w każdej ze stref Po modyfikacji tego załącznika nr 1a w trakcie postępowania jego finalna postać jest następująca:

Poprawiony załącznik 1a

Kategoria pomieszczeń	Cena netto za 1m/2 ryczałt mc	Vat	Cena brutto za 1m/2 ryczałt mc
I Strefa ciągłej czystości medycznej bardzo wysoki poziom ryzyka - Centralna Sterylizatornia – część sterylna - pomieszczenie przechowywania materiałów sterylnych w innych komórkach organizacyjnych - Apteka – boks aseptyczny - Oddział Anestezjologii i Intensywnej Terapii – Boks czysty - Dział Pralni i Dezynfekcji magazyn bielizny czystej			
II Strefa ogólnej czystości medycznej A- średni poziom ryzyka sale chorych pomieszczenia komunikacji wewnętrznych Przychodnia Przyszpitalna, Medycyny Pracy – gabinety niezabiegowe gabinety diagnostyki nieinwazyjnej Pracownia Rehabilitacji Centralna Sterylizatornia – pomieszczenia części czystej			
B. niski poziom ryzyka ciągi komunikacyjne windy szatnie klatki schodowe Pomieszczenia administracyjne Kaplica			

sale konferencyjne magazyny medyczne			
III. Strefa czystości zmiennej bardzo wysoki poziom ryzyka Blok Operacyjny Pełnoprofilowe Sale Zabiegowe Trakt Porodowy Gabinety diagnostyki inwazyjnej i Pracownia Hemodynamiki B. wysoki poziom ryzyka gabinety zabiegowe, opatrunkowe sale chorych pooperacyjne Izolátky chorych Oddział Anestezjologii i Intensywnej Terapii Stacja dializ Pracownie Endoskopowe SOR			
IV. Strefa ciągłego skażenia bardzo wysoki poziom ryzyka łazienki toalety brudowniki windy brudne Dział Pralni i Dezynfekcji Centralna Sterylizatornia Centralne Laboratorium Analityczne, Zakład Mikrobiologii Lekarskiej, Zakład Patomorfologii, Bank Krwi-Pracownia Serologiczna Pomieszczenie Post Mortem Magazyn odpadów			
Czynności pomocnicze przy pacjencie (zgodnie ze Stanowiskiem wydanym przez Ministerstwo Finansów INTERPRETACJA OGÓLNA RP z dnia 29 grudnia 2017 r. w sprawie zakresu zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług, o którym mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2017 r. poz. 1221),(Dz. U. MRiF z 2018 r. poz.5)			

Jak wynika z powyższego:

- a) w rubryce pierwszej Załącznika nr 1a Zamawiający przedstawił kategorie pomieszczeń wchodzących w skład każdej z czterech stref czystości;
- b) w żadnej z kolejnych rubryk Załącznika nr 1a Zamawiający nie określił jednak metrażu każdej z kategorii pomieszczeń wchodzących w skład tychże czterech stref czystości.

Metraże pomieszczeń wchodzących w skład stref czystości zamawiający miał określić w Załączniku nr 6 do SWZ. Udzielając pismem z dnia 14.12.2023 r. odpowiedzi na pytanie nr 26 i 39 Zamawiający wskazał: „*Wyszczególnienie powierzchni stanowi załącznik nr 6 do SWZ. Suma powierzchni została podliczona w kolumnie „J” i jest przyporządkowana do każdego z wiersza z osobna. Natomiast udział procentowy poszczególnych stref został określony w kolumnie „CO”.*”

Czytając wyjaśnienia z dnia 14.12.2023 r. – w zestawieniu z treścią Załącznika nr 6 w zw. z Załącznikiem nr 1a do SWZ - można by odnieść wrażenie, że każdy z wykonawców w oparciu o treść Załącznika nr 6 do SWZ powinien powziąć takie same informacje dotyczące powierzchni poszczególnych kategorii pomieszczeń wchodzących w skład poszczególnych czterech stref czystości, co pozwoliłoby każdemu z wykonawcy przyjąć taką samą podstawę faktyczną obliczenia ceny (ta podstawa zaś musi być bowiem taka sama zważając, że jest nią powierzchnia pomieszczenia, do którego cena jednostkowa się odnosi).

Tak jednak nie jest.

W załączniku nr 6 do SWZ nie ma bowiem informacji dotyczących wielkości powierzchni wszystkich kategorii pomieszczeń wchodzących w skład poszczególnych stref czystości.

Należy tu wymienić następujące braki/ uchybienia:

- 1) kolumna CO zawiera niewypełnione wiersze nr 75 (cyt.: „II A = ; II B = % ; IV = %”) – brak wartości procentowych udziału poszczególnych stref uniemożliwił ustalenie, ile jest powierzchni należących do danej strefy sprzątania w ramach powierzchni Zakładu Mikrobiologii,
- 2) kolumna CO nie zawiera żadnych danych w wierszach od 131 do 136 – brak wartości procentowych udziału poszczególnych stref uniemożliwił ustalenie, ile jest powierzchni należących do danej strefy sprzątania w ramach powierzchni Pralni (wiersz 131), powierzchni Sekcji Urządzeń Ruchu Elektrycznego i AKP (wiersz 133), powierzchni POZ (wiersz 135),
- 3) inne informacje niezgodne ze stanem faktycznym i pozostałymi zapisami SWZ i jej załącznikami.

Powyższe przesądza o wyczerpaniu hipotezy przepisu art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Konsekwencją powyższych braków załącznika nr 6 do SWZ (które to braki nie zostały uzupełnione pomimo zwracania na nie uwagi przez wykonawców w ramach zadawanych pytań), stało się złożenie nieporównywalnych w istocie ofert, które dotyczą sprzątania innego rodzaju powierzchni.

Odwołujący przygotowując ofertę zmuszony był poczynić określone założenia co do przedmiotu zamówienia (powierzchni należących do poszczególnych stref), z porównania ofert wynika jednak że jego konkurent przyjął zupełnie inne dane do obliczenia ceny w swojej ofercie.

Inną wadą, którą obarczone jest postępowanie, jest okoliczność, że postępowanie prowadzi do zawarcia umowy o świadczenie niemożliwe, wobec deklaracji Zamawiającego iż nie posiada zabezpieczonych środków, które miałyby przeznaczyć na realizację usługi będącej przedmiotem zamówienia.

Odpowiadając w dniu 14.12.2023 r. na pytanie nr 1 wykonawców do SWZ o treści: „Z uwagi na kilkumilionowe zadłużenie wobec obecnego wykonawcy usługi prosimy o informację czy Zamawiający ma zabezpieczone środki na sfinansowanie usługi będącej przedmiotem postępowania przetargowego?” Zamawiający odpowiedział: „Zamawiający nie posiada zabezpieczonych środków, które miałyby przeznaczyć na realizację usługi będącej przedmiotem postępowania przetargowego.”

Zarówno z pytania nr 1 jak i odpowiedzi na to pytanie udzielonej przez Zamawiającego w dniu 14.12.2023 r. wynika:

- obrazowo rzecz ujmując, że Zamawiający informuje wszystkich wykonawców, i to jeszcze przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, że zawrze z wykonawcą, którego oferta będzie najkorzystniejsza umowę w sprawie zamówienia publicznego, ale nie będzie mu płacił wynagrodzenia umownego, bo nie ma takich środków a poza tym ma wielomilionowe zadłużenia.
- w technicznoprawnym ujęciu umowa w sprawie zamówienia publicznego, która miałaby zostać zawarta w wyniku tego postępowania, będzie umową o świadczenie niemożliwe, o której mowa w art. 387 Kodeksu cywilnego obarczona sankcją nieważności bezwzględnej i to z mocy samego prawa.

W piśmiennictwie wskazuje się, że: „Artykuł 387 stał się podstawą rozważań o gospodarczej niemożliwości świadczenia. Oznacza ona taki stan, w którym świadczenie może być wprowadzone w życie (jest ono faktycznie i prawnie możliwe), ale jego spełnienie jest w sposób oczywisty nieracjonalne z ekonomicznego punktu widzenia (byłoby połączone z rażącą stratą dla jednej ze stron albo z nadmiernymi trudnościami). Problematyka następnej niemożliwości gospodarczej jest całkowicie pochłonięta przez art. 357¹. Zasadne natomiast wydaje się stosowanie art. 387 do przypadków omawianej tu niemożliwości mającej charakter pierwotny (gdy już w dacie zawarcia umowy świadczenie jest, oceniając z perspektywy ekonomicznej, oczywiście nierozsądne). Zob. W. Robaczyński, *Z problematyki...*, s. 141 i n.” (tak: Ciszewski Jerzy (red.), Nazaruk Piotr (red.), Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany, Lex).

Zamawiający w niniejszej sprawie nie tylko oświadczył, że będzie miał trudności (nadmierne) w wykonaniu swojego zobowiązania z umowy wzajemnej, ale wręcz że go nie będzie wykonywał.

Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu „*Powództwo przewidziane w art. 189 k.p.c. można wnosić w każdym przypadku, w którym zachodzi nieważność bezwzględna umowy w sprawie zamówienia publicznego*” (Nowicki Józef Edmund, Wiśniewski Piotr, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. V, Lex). Wyrok wydany na podstawie przepisu art. 189 K.p.c. ma deklaratoryjny charakter, i stwierdza określony stan prawny.

Umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta (podpisana) w warunkach, o których mowa w art. 387 K.c. podlegać będzie zatem unieważnieniu, o którym stanowi prawodawca w przepisie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe zarzut naruszenie przepisu art. 255 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomimo, że postępowanie to obarczone jest wskazanymi w niniejszym punkcie wadami niemożliwymi do usunięcia uniemożliwiającymi zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego należy uznać za uzasadniony.

II. Przechodząc zaś do uzasadnienia podniesionego w *petitum* odwołania zarzutu nr 2, zważyć należy, co następuje.

Treścią odpowiedzi z dnia 14.12.2023 r. na pytanie nr 23 wykonawców Zamawiający zobowiązał każdego z wykonawców, by do składanej oferty załączył wykaz wszystkich środków dezynfekujących, myjąco dezynfekujących myjących, czyszczących.

Zamawiający **nie pozostawił** wykonawcom **swobody w zakresie doboru** środków dezynfekujących, myjąco dezynfekujących myjących, czyszczących, a **swoje szczegółowe wymagania** w tym zakresie określił w Załączniku nr 10 do SWZ. W zakresie tychże środków przedmiotowy Załącznik nr 10 do SWZ wskazuje, co następuje:

„*Opis preparatów myjących i dezynfekcyjnych:*

Wymagania do preparatów dezynfekcyjnych

1. Preparat do mycia i dezynfekcji powierzchni zmywalnych sprzętu medycznego **na bazie** glukoprotaminy (bez aldehydów i czwartorzędowych związków amoniowych). **Spektrum działania:** B,F, Tbc, V **maksymalny czas działania 15 min.**
2. Preparat myjąco-dezynfekujący **na bazie** nadwęglanu sodu, TAED. Preparat przeznaczony do powierzchni zmywalnych, sprzętu medycznego oraz powierzchni mających kontakt z żywnością. **Spektrum działania** B, F, V, Tbc, Clostridium difficile. **Maksymalny czas działania 15 min.**
3. Preparat do dezynfekcji miejsc trudno dostępnych. Bezaldehydowy **na bazie** alkoholi i czwartorzędowej soli amoniowej. **Spektrum działania** B, F, V, Tbc
4. Preparat do mycia i dezynfekcji powierzchni **na bazie** aktywnego tlenu bez zawartości nadwęglanu sodu. **Roztwór roboczy aktywny do 30 h.** Możliwość stosowania w kontakcie z żywnością, możliwość użycia do inkubatorów. **Spektrum działania: B, F, V, Tbc – 15 min.**
5. Preparat dezynfekcyjny w tabletkach, **na bazie aktywnego chloru.** **Spektrum działania** B, F, V, Tbc Clostridium difficile – **15 min**
6. Środek nabłyszczający-odkamieniający do myjni dezynfektorów zgodnie z zaleceniem producenta myjni dezynfektorów

Wymagania dla preparatów myjących

1. **Środek do mycia powierzchni szklanych**
Preparat **na bazie alkoholu** do mycia powierzchni szklanych, szybko i skutecznie usuwa tłuste zabrudzenia i naloty z nikotyny, obojętny współczynnik pH.
2. **Środek do gruntownego mycia sanitariów**
Preparat myjący do sanitariów, basenów. Usuwający brud, kamień, osady z moczu, naleciałości wapniowe, z rdzy, tłusty brud, cement oraz pozostałości z mydła. Stosowany na wszystkich materiałach odpornych na działanie kwasów.

3. Środek do mycia i pielęgnacji wszystkich wodoodpornych podłóg

Środek do czyszczenia i pielęgnacji podłóg, nadaje się do ręcznego i maszynowego czyszczenia podłóg.

4. Środek do codziennego mycia sanitariatów i pomieszczeń sanitarnych

Ekologiczny preparat do czyszczenia sanitariatów, składający się w większości z odnawialnych surowców. W niskim stężeniu skutecznie usuwający kamień, osad z mydła, brud.

5. Produkt do mycia powierzchni ponadpodłogowych

Preparat o wysokiej skuteczności, przeznaczony do czyszczenia wszelkich powierzchni wodoodpornych, w tym plastikowych, szklanych, ceramicznych, metalowych i lakierowanych. Posiada właściwości nawilżające, co umożliwia łatwe i dogłębne usunięcie brudu i tłuszczu. Zawiera w swoim składzie w większości odnawialne surowce .

Uwaga! W przypadku stosowania roztworów środka dezynfekcyjnego – opakowanie robocze winno być odpowiednio oznakowane. W opisie należy obowiązkowo zamieścić nazwę środka, producenta, termin przydatności do użycia oraz nazwisko osoby przygotowującej roztwór roboczy”

Lektura treści Załącznika nr 10 przesądza o tym, że w zakresie poszczególnych środków instytucja zamawiająca określiła wymogi w zakresie m.in.

- podstawy wytworzenia danego środka poprzez wskazania m.in. takie jak: „na bazie glukoprotaminy”, „na bazie nadwęglanu sodu”, „na bazie alkoholu i czwartorzędowej soli amoniowej” itp.;
- przeznaczenia danego środka poprzez wskazania m.in. takie jak: „Spektrum działania B, F, V, Tbc”; „Spektrum działania: B, F, V, Tbc – 15 min.; Spektrum działania B, F, V, Tbc, Clostridium difficile”; itp.;
- skonkretyzowanych właściwości/cech działania danego środka (o ile na taką konkretyzację w danym przypadku zamawiający się zdecydował) poprzez wskazania m.in. takiej jak: „Roztwór roboczy aktywny do 30 h”; „Maksymalny czas działania 15 min” „15 min”, itp.

Ustawodawca we właściwych przepisach art. 18 ustawy Pzp stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak zatem wynika z powyższego jawność postępowania jest jego naczelną zasadą, a z tego spostrzeżenia wynika, że wyjątki od tej zasady muszą być pojmowane ściśle i zawężająco.

Z przepisu art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wynika nadto, że Zamawiający może bez naruszania ustawy Pzp nie ujawniać określonych informacji tylko gdy:

- 1) określone informacje **stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa** w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; i
- 2) **wykazał, że** zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Powyższe przesłanki, dla prawidłowego zastosowania przepisu art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, muszą być spełnione łącznie.

Jakie zaś okoliczności wykonawca zastrzegający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poufność określonych informacji musi wykazać wynikają z hipotezy przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdzie prawodawca stanowi, że: „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”.

Mając na uwadze powyższe oraz zważając na treść Załącznika nr 10 do SWZ należy dojść do dwóch wniosków:

- 1) wykonawca Konsorcjum Naprzód **w ogóle nie wykazał** Zamawiającemu, zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, że treść wykazu środków tego wykonawcy stanowi tajemnicę jego przedsiębiorstwa;
- 2) wykaz środków **nie zawiera informacji** stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Konsorcjum Naprzód.

W tym miejscu warto odwołać się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 grudnia 2021 r. KIO 3537/21. W sprawie tej KIO uznała za sprzeczne z prawem odmowę udostępniania przez zamawiającego utajnionych przez dwóch wykonawców biorących udział w postępowaniu wykazów środków, przy pomocy których zamierzali oni wykonywać usługi porządkowe w podmiocie leczniczym. Podmiotem składającym w tej sprawie odwołanie były zaś spółki należące do Konsorcjum Naprzód.

W sprawie rozstrzygniętej przez KIO wyrokiem z dnia 21 grudnia 2021 r. odwołujące się Konsorcjum Naprzód argumentowało:

„Zastrzeżone ww. wykazy stanowią dobór środków do wymogów Zamawiającego.

Doborowi środków odpowiadających szczegółowym wymaganiom Zamawiającego nie można przypisać żadnej wartości gospodarczej, gdyż nie ma w tym przypadku mowy o autorskiej, unikalnej koncepcji realizacji zamówienia, czy wymagającym ochrony know-how wykonawcy.

Samo wyspecyfikowanie określonych środków istniejących na rynku i wielokrotnie oferowanych w postępowaniach przetargowych, nigdy nie było i nie może być uznawane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Opis wymagań stworzony został przez Zamawiającego na potrzeby konkretnego postępowania i nie ma mowy o ewentualnej możliwości wykorzystania danego wykazu w innym postępowaniu.

Dane zawarte w wykazie nie są to poufne rozwiązania technologiczne, skoro rozwiązania są jednakowe dla wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie i zostały narzucone w SWZ. Oferowane przez ww. wykonawcę środki (objęte wykazami) są dostępne na rynku praktycznie dla każdego zainteresowanego ich nabyciem, a ich producenci powszechnie udostępniają opisy swoich rozwiązań i cenniki swoich produktów. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 czerwca 2013 r. sygn. akt KIO 1239/13, stwierdziła, że nie noszą znamion tajemnicy przedsiębiorstwa informacje wskazujące na producenta oraz model oferowanego sprzętu.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie pozostawił wykonawcom dowolności w zakresie skomponowania infrastruktury sprzętowo-systemowej co mogłoby być uznane za know-how danego wykonawcy. Zdaniem Izby tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowi umiejętność doboru sprzętu

odpowiadającego szczegółowym wymogom postawionym przez zamawiającego (tak: w wyroku z dnia 11 czerwca 2019 r. sygn. akt KIO 963/19).

Ponadto, Odwołujący wskazał orzecznictwo KIO, potwierdzające ww. stanowisko: wyrok z 14 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO 2817/10, wyrok z 11 marca 2011 r. sygn. akt. KIO 399/11, wyrok z 12 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO 2793/10, wyrok z 16 listopada 2010 r. sygn. akt: KIO 2389/10, wyrok z 14 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO 2817/10 wyrok z 7 marca 2014 r. sygn. akt KIO 341/14, wyrok z 18 października 2018 sygn. akt KIO 2077/18.”

Krajowa Izba Odwoławcza uzasadniając w wyroku z dnia 21 grudnia 2021 r. rozstrzygnięcie, z którego wynika sprzeczność z prawem odmowy zamawiającego udostępniania utajnionych przez wykonawców wykazów środków, przy pomocy których zamierzali oni wykonywać usługi porządkowe w podmiocie leczniczym, wskazała zaś:

„Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 18 ust. 2 i 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 2 z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. 2020.1913), wobec zaniechania odtajnienia oferty Konsorcjum Impel w zakresie wykazu oferowanych środków czystości do realizacji zamówienia publicznego oraz dokumentów potwierdzających dopuszczenie w placówkach ochrony zdrowia, w sytuacji braku wykazania spełnienia ustawowych przesłanek skutecznego zastrzeżenia ww. dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wobec zaniechania odtajnienia oferty Konsorcjum DGP w zakresie wykazu oferowanych środków czystości przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego i kart charakterystyki dla środków czystości/ opisu środków przeznaczonych przez wykonawcę do realizacji umowy, w sytuacji braku wykazania spełnienia ustawowych przesłanek skutecznego zastrzeżenia ww. dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zasada jawności informacji publicznej jest jedną z podstawowych zasad systemu prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. Powszechne prawo do informacji wynika z art. 54 i 61 Konstytucji RP, przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 2176.ze zm.), a także z art. 33 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jedn.: z Dz. U. z 2021 r. poz. 305. z późn. zm.).

Zgodnie z art. 18 ust. 1 Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne. Jednym z celów tego przepisu jest umożliwienie wykonawcom biorącym udział w postępowaniu kontroli prawidłowości prowadzonego postępowania przez innych wykonawców w taki sposób aby każdy zainteresowany mógł mieć wgląd do dokumentacji postępowania i wyrazić swoje uwagi, co potwierdza m.in. wyrok KIO z dnia 13 października 2016 r. sygn. akt: KIO 1835/16). Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 18 ust. 2 Pzp). Stosownie do treści art. 74 ust. 1 Pzp, protokół wraz z załącznikami jest jawny. Oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacje z zebrania z wykonawcami, zawiadomienia, wnioski, dowód przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załącznik do protokołu (art. 73 ust. 1 Pzp).

Zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 z późn. zm.), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 Pzp

(nazwy albo imiona i nazwiska oraz siedziby lub miejsca prowadzonej działalności gospodarczej albo miejsca zamieszkania Wykonawców, których oferty zostały otwarte; ceny lub koszty zawarte w ofertach). Ustawa Pzp, wprowadzając generalną zasadę jawności w stosunku do złożonych ofert, czyni zatem zastrzeżenie, iż zamawiający nie może ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji zastrzeże w odniesieniu do tych informacji, że nie mogą być one udostępnione oraz wykaże, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem "wykazał", co stanowi wymóg "udowodnienia". Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw "wykazać", czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziszczyły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk (tak wyrok KIO z dn. 15 października 2020 r., o sygn. akt KIO 2358/20). Przepis ten nakłada w konsekwencji na zamawiającego obowiązek badania uzasadnienia do zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, pod kątem jego skuteczności.

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.

Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa została zawarta także w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem - zgodnie z którą "tajemnica przedsiębiorstwa" oznacza informacje, które spełniają wszystkie następujące wymogi:

- a. są poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zbiorze ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji;
- b. mają wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą;
- c. poddane zostały przez osobę, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich w tajemnicy.

"Chodzi tu w szczególności o charakter informacji oraz to, jaką wartość gospodarczą ona posiada oraz czy ten rodzaj informacji/ta wiedza nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji/posiadającym tę wiedzę, a także, czy mają wartość handlową właśnie dlatego, że są objęte tajemnicą" (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 października 2018 r., sygn. akt KIO 2035/18).

Tym samym, określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wyłącznie wówczas, jeżeli spełniają łącznie następujące warunki:

- są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą,
- jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,
- uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Należy zaznaczyć, że pod pojęciem działań, które "przy zachowaniu należytej staranności" uprawniony podjął (powinien podjąć) w celu ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przed ich pozyskaniem, ujawnieniem lub wykorzystaniem przez osobę nieuprawnioną należy rozumieć staranność wymaganą w stosunkach danego rodzaju (art. 355 § 1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 Kodeks cywilny - tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 2320 z późn. zm.).

Powszechnie przyjmuje się (za wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., CKN 304/00, wyrok SN z dnia 5 września 2001 r. - I CKN 1159/00, wyrok SN z dnia 7 marca 2003 r. - I CKN 89/01), że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Z kolei, za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa (wyrok WSA w Warszawie z dnia 18 stycznia 2013 r., II SA/Wa 1328/12). Informacja handlowa obejmuje natomiast całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym.

Informacja "nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja staje się "tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy inny przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec poznać może, jaką metodę produkcji zastosowano. Powszechna znajomość informacji albo co najmniej dostęp do niej osób, które są specjalistami w danej dziedzinie (osoby zwykle zajmujące się tym rodzajem informacji), wyłącza możliwość uznania jej za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wyjątek dotyczy zestawienia i zbioru informacji powszechnie dostępnych - wówczas chroniony jest dany szczególnie zestaw informacji.

Jak wskazano w uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, nr druku 1653): "Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych."

W konsekwencji należy uznać, iż ciężar wykazania skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy. Zatem brak wykazania, iż zastrzeżone informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również wykazanie zbyt ogólnikowe, niepełne, lakoniczne, a także powoływanie się jedynie na podstawę prawną możliwości zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, na orzecznictwo i poglądy doktryny - jest niewystarczające do uznania zastrzeżonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Prawidłowe uzasadnienie zasadności zastrzeżenia powinno być wyczerpujące i możliwie szczegółowe tak, by w jak najbardziej precyzyjny sposób faktycznie

wykazać zasadność zastrzeżenia, a więc łączne zmaterializowanie się trzech warunków niezbędnych do uznania, iż określona informacja rzeczywiście stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ofercie jako tajemnicę przedsiębiorstwa przedłożone Zamawiającemu dokumenty:

- wykaz oferowanych środków czystości do realizacji zamówienia publicznego;
- karty charakterystyki dla środków czystości/opis środków przeznaczonych do realizacji umowy.

Obaj wykonawcy złożyli w swoich ofertach uzasadnienie do zastrzeżenia powyższych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba stwierdziła, że Zamawiający niezasadnie uznał za skuteczne zastrzeżenie informacji zawartych w powyższych dokumentach przez ww. wykonawców jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zastrzeżone wykazy oferowanych środków czystości obejmują dostępne na rynku produkty, które są dobierane przez wykonawców odpowiednio do wymogów określonych przez Zamawiającego w SWZ. Zestawienie środków spełniających wymagania Zamawiającego (w formie listy) nie stanowi unikalnej koncepcji realizacji zamówienia podlegającej ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Lista środków czyszczących używanych w placówkach szpitalnych jest łatwo dostępna dla nieograniczonego kręgu osób. Wymagania w tym zakresie są jednoznaczne i jednakowe dla wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie, zostały narzucone w SWZ przez Zamawiającego. Spełnienie tych wymagań w postaci przedstawienia listy środków nie niesie w sobie wartości gospodarczej, która podlegałaby jako taka ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Również karty charakterystyki oraz karty dopuszczające środki do użytku w placówkach ochrony zdrowia są kierowane przez producentów tych środków do nieograniczonego kręgu osób. Celem tych dokumentów jest wręcz powszechne informowanie o właściwościach określonych preparatów do nieograniczonej liczby osób zainteresowanych tymi informacjami. Żadne dowody na okoliczności przeciwne nie zostały przez ww. wykonawców przeprowadzone. Ponadto, żaden z ww. wykonawców nie wykazał w złożonym Zamawiającemu uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, że powyższe informacje stanowią ustawowo chronioną tajemnicę ich przedsiębiorstw.

Uzasadnienie zastrzeżenia wykazu środków, jako tajemnicy przedsiębiorstwa załączone w ofercie Konsorcjum Impel zawiera jedynie bardzo ogólne, blankietowe wręcz sformułowania typu: "Dokumenty te zawierają informacje gospodarcze i organizacyjne, których ujawnienie zagraża interesom wykonawcy, gdyż daje możliwość ich wykorzystania w celu zachwiania pozycji rynkowej wykonawcy." Wykonawca w uzasadnieniu zastrzeżenia tego dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa odnosi się wyraźnie do dokumentów stanowiących "autorską koncepcję i opracowanie Wykonawcy" oraz "odzwierciedlenie własnego i zindywidualizowanego pomysłu wykonawcy oraz koncepcji realizacji usługi", podczas gdy zastrzeżone informacje zawierają listę środków z krótkim opisem ich zastosowania. Wykonawca wskazuje, że "ww. dokumenty, jako efekt i część wypracowanej, długoletniej praktyki oraz doświadczenia Wykonawcy, stanowi istotny element konkurencji na rynku, pozyskiwania nowych kontaktów, efektywnej realizacji zamierzonych celów, zapewnienia jakości usługi przy optymalizacji jej kosztu. Należyta realizacja zadań wyznaczonych przez Zamawiającego jest uwarunkowana rzetelnym planem organizacji usługi uwzględniających ryzyka związane m.in. z fluktuacją kadr, doborem systemu nadzoru, reakcją na występujące zagrożenia higieniczne obejmującą m.in. dobór sprzętu i środków umożliwiających ich niwelację. W tym znaczeniu powyższe informacje mają w naszej ocenie doniosły charakter organizacyjny jako całością doświadczeń, których dorobił się Wykonawca w okresie prowadzenia swej działalności." Powyższy fragment oświadczenia wykonawcy potwierdza w ocenie Izby, że przedstawione przez Konsorcjum Impel uzasadnienie zastrzeżenia wykazu środków jako tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter ogólnego i uniwersalnego szablonu, który nie może stanowić

skutecznego zastrzeżenia konkretnego dokumentu, jakim jest wykaz środków w danym postępowaniu, w odniesieniu do którego to dokumentu - informacji w nim zawartych - wykonawca powinien wykazać spełnienie wszystkich przesłanek o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powyższe przesłanki nie zostały w żaden sposób przez wykonawcę wykazane.

Podobnie w uzasadnieniu zastrzeżenia dokumentów przez Konsorcjum DGP jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca wyjaśnia m.in., że "Ułatwienie innym wykonawcom dostępu do tajemnic handlowych, strategii firmy, przyjętego planu higieny wykonania usługi, która następnie mają przełożenie na sposobu prowadzenia polityki cenowej i pozyskanych ofert, prowadzi do jawnego naruszenia zasady uczciwej konkurencji." oraz "Wszystkie ww. dokumenty opracowane przez Wykonawcę na potrzeby danego postępowania w oparciu o wiedzę, doświadczenie, know-how, bazę dostawców, bazę pracowników i systemy ich pozyskiwania oraz kształcenia, wewnętrzne procedury funkcjonujące u danego Wykonawcy 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.

Zastrzegane 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 co w przypadku ujawnienia tych informacji mogłoby negatywnie wpłynąć na możliwość efektywnego konkurencyjnego konkurowania pomiędzy przedsiębiorcami. Konkurenci Wykonawcy mogliby bowiem na podstawie tych danych przewidzieć stosowaną przez Wykonawcę strategię realizacji usług, czy wprost stosować tą samą, sprawdzoną strategię."

Przedstawione przez Konsorcjum DGP uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter bardzo ogólny oraz w znacznym stopniu niezwiązany z charakterem informacji zawartych w wykazie środków i kartach charakterystyki, które zawierają jawne informacje pochodzące od producenta poszczególnych środków. Wykonawca załączył co prawda do powyższej informacji dowody dotyczące działań podejmowanych przez wykonawcę w celu zachowania w poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, jednak nie zostały one w żaden sposób powiązane z zakresem zastrzeżonych informacji. Uzasadnienie powyższe nie spełnia zatem przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba wskazuje, że działanie Zamawiającego polegające na bezkrytycznym przyjęciu dokonanych przez Konsorcjum Impel i Konsorcjum DGP zastrzeżeń informacji zawartych w ich ofertach, jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie znajduje uzasadnienia w przepisach ustawy Pzp. Zamawiający jest bowiem zobowiązany do oceny skuteczności zastrzeżenia przez wykonawców informacji zawartych w ofercie jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności mając na uwadze zasadę jawności postępowania, zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba nakazała Zamawiającemu odtajnienie informacji, które nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie Konsorcjum Impel i Konsorcjum DGP.

Zamawiający, jako profesjonalny uczestnik obrotu zamówień publicznych, na którym ciąży przecież ustawowo określone obowiązki, powinien był dokonać oceny skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę Konsorcjum Naprzód, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, ze szczególną starannością. W szczególności zatem Zamawiający powinien dokonać oceny, z punktu widzenia hipotezy przepisu art.

18 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, prawidłowości zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie tylko analizując określone dokumenty jako całość, ale także jego poszczególne zwroty, wyliczenia oraz frazy. Dokument bowiem, pojmowany jako przedmiot materialny, nie musi, a czasami wręcz **nie może, podlegać zastrzeżeniu jako całość, lecz jedynie w określonej części**. Systemowych argumentów przemawiających za koniecznością badania przez zamawiającego dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, **nie tylko w aspekcie całego dokumentu jako przedmiotu materialnego, a poszczególnych informacji w nim zawartych** dostarcza ustawodawca na gruncie przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej. Okoliczność tę dostrzega także Krajowa Izba Odwoławcza, która w wyroku z dnia 08.06.2015 r. (sygn. KIO 1064/15 i 1067/15) nakazała zamawiającemu odtajnić **poszczególne informacje** znajdujące się w zastrzeżonych wcześniej przez wykonawców jako poufne dokumentach.

Mając na uwadze powyższe, niniejsze odwołanie należy uznać za zasadne i konieczne.

Załączniki:

1. oryginał pełnomocnictwa;
2. dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;
3. wydruk odpowiadający aktualnemu odpisowi z KRS Clar System S.A.;
4. wydruk odpowiadający aktualnemu odpisowi z KRS Clar Serwis Sp. z o.o.;
5. wydruk odpowiadający aktualnemu odpisowi z KRS „Solcom-Bayard” Sp. z o.o.;
6. wydruk odpowiadający aktualnemu odpisowi z KRS Hospital System Sp. z o.o.;
7. dowód uiszczenia wpisu od odwołania w kwocie 15.000 zł;
8. dowód przesłania zamawiającemu kopii odwołania wraz z załącznikami.