

Łódź, dnia 19 kwietnia 2021 roku

Do: Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

Zamawiający: Szpital Uzdrawiskowy „Willa Fortuna”
- S.P.Z.O.Z.
ul. Rafińskiego 3, 78-100 Kołobrzeg
tel. 943522146
faks. 943542337
www.willafortuna.pl
e-mail: bpalacz@willafortuna.pl

Odwołujący: CATERMED spółka akcyjna
z siedzibą w Łodzi
ul. Traktorowa 126/201, 91-204 Łódź
KRS: 0000410887
reprezentowany przez:
Klaudia Bartczyk- Pełnomocnik
Tel. +48 426405777,
Fax: +48 422572816
E-mail: przetargi@rekeep.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Świadczenie usługi żywienia gości w Szpitalu Uzdrawiskowym „Willa Fortuna” S.P.Z.O.Z. w Kołobrzegu wraz z dzierżawą pomieszczeń kuchennych”, prowadzonego przez Szpital Uzdrawiskowy „Willa Fortuna” – S.P.Z.O.Z. pod numerem WF.02.1.2021.BP; ogłoszenie zamieszczone w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 26 lutego 2021 r. pod numerem 2021/S 040-099134

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego – CATERMED S.A., na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 roku, poz. 2019 z późn. zm. - dalej jako „Pzp”), wnoszę odwołanie wobec niezasadnego zastrzeżenia przez Zamawiającego treści oferty wykonawcy Food Investment S.A. w zakresie załączonych do niej jadłospisów oraz odmowy przez Zamawiającego udostępnienia tej części oferty Odwołującemu na jego wniosek.

Zarzucam Zamawiającemu naruszenie art. 18 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez niezasadną odmowę ujawnienia jadłospisów stanowiących część oferty wykonawcy Food Investment S.A. na wniosek Odwołującego z uwagi na zastrzeżenie przez tego wykonawcę, że ich treść stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy zastrzeżona treść – stanowiące część oferty jadłospisy – nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, a zatem ulegają ujawnieniu, zgodnie z zasadą jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec powyższego żądam nakazania Zamawiającemu:
ujawnienia Odwołującemu treści oferty wykonawcy Food Investment S.A., w tym treści jadłospisów stanowiących część oferty wykonawcy Food Investment S.A., złożonej w

postępowaniu, których treść została zastrzeżona przez tego wykonawcę jako objęta jego tajemnicą przedsiębiorstwa.

Oświadczam, że Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ prowadzi działalność gospodarczą w obszarze dotyczącym przedmiotowego zamówienia i złożył w postępowaniu ofertę, która w rankingu ofert została sklasyfikowana przez Zamawiającego na drugiej pozycji, za ofertą Food Investment S.A., zaś bez znajomości treści jadłospisów stanowiących część oferty zwycięskiego wykonawcy Odwołujący nie jest w stanie zweryfikować, czy Zamawiający słusznie uznał ofertę wykonawcy Food Investment S.A. za ważnie złożoną i za najkorzystniejszą.

UZASADNIENIE

W dniu 14 kwietnia 2021 r. Zamawiający pismem odmówił Odwołującemu udostępnienia treści jadłospisów, stanowiących część oferty wykonawcy Food Investment S.A., z uwagi na zastrzeżenie przez tego wykonawcę, że nie mogą one być ujawnione z uwagi na objęcie ich jego tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący podnosi, że zasada jawności (art. 18 Pzp) w systemie zamówień publicznych jest jedną z najważniejszych zasad, które należy uwzględniać w trakcie przygotowywania oraz przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W procesie udzielania zamówienia zasada jawności przejawia się dwojako: przez upublicznienie chęci udzielenia określonego rodzaju zamówienia oraz w jawności całej dokumentacji w tymże postępowaniu o udzielenie zamówienia. Postępowanie o zamówienie publiczne jest jawne, dlatego każde naruszenie zasady jawności przyczynia się do wadliwości postępowania.

Zgodnie z art. 18 ust. 2 Pzp, *Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.* Ten krótki przepis ma doniosłą treść, gdyż podkreśla, że wyjątki od zasady jawności muszą być interpretowane ściśle, a nie rozszerzająco. W myśl zaś ust. 3, *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.*

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.*

Ocena, czy dowolna informacja zastrzeżona przez wykonawcę stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, podobnie jak wszystkie inne czynności w postępowaniu, jest obowiązkiem Zamawiającego (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej – dalej jako „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). Zamawiający zatem zobowiązany jest skontrolować, czy ma prawo odmówić udostępnienia treści ofert w zastrzeżonym przez wykonawcę zakresie.

W przedmiotowym postępowaniu nie zostały spełnione przesłanki określone w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca Food Investment S.A. dokonał bowiem w swojej ofercie zastrzeżenia jawności tej części oferty, która stanowiła proponowane jadłospisy.

Podkreślić należy, że proponowane jadłospisy nie zawierają tajemnicy przedsiębiorstwa także co do ich treści. **Ich treść stanowi bowiem w istocie odzwierciedlenie i proste uzupełnienie wymagań Zamawiającego.** W pkt IX.3 SWZ Zamawiający zaznaczył, że do oferty należy załączyć jadłospisy dietowe sporządzone według wymogów określonych w załączniku nr 8 do SWZ- Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia. Zamawiający wskazał w załączniku nr 8 do SWZ szczegółowo, jakim warunkom musi odpowiadać treść jadłospisów (szczegółowe wymogi co do norm żywieniowych posiłków, ich składu, gramatury, różnorodności, wykorzystania konkretnych produktów spożywczych itp. - s. 3-6 załącznika). Także § 2 wzoru umowy wskazuje na konkretne rozwiązania kulinarno-logistyczne. Pismem z 1 kwietnia 2021 r., w odpowiedziach na pytania do SWZ, Zamawiający dokonał jeszcze dalej idących doprecyzowań wymogów dotyczących jadłospisów. Zamawiający opisał zatem w sposób szczegółowy wymagania dotyczące posiłków oraz ich przygotowania przez wykonawcę. Jadłospis sporządzany jest zatem na potrzeby tego konkretnego postępowania, więc nie może zdradzać unikalnego i uniwersalnego know-how wykonawcy, które mogłoby hipotetycznie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

W konkluzji należy podkreślić, że jadłospis w tym przypadku nie ma charakteru unikalnego, nowatorskiego, jedyne w swoim rodzaju, ponieważ został opracowany na potrzebę konkretnego postępowania, na podstawie bardzo szczegółowych informacji dostarczonych przez Zamawiającego. Wykonawcy, którzy złożyli oferty, nie wykazali się zatem wcale własną inicjatywą czy specyficzną wiedzą w układanym jadłospisie. Nie mogli nawet odwoływać się do własnych receptur, unikalnych metod planowania jadłospisów. Ich zadaniem było tylko ułożenie prawidłowego jadłospisu z danych podanych przez Zamawiającego. Jadłospisem mieli udowodnić Zamawiającemu, że występują w obrocie gospodarczym ze statusem profesjonalisty. Zresztą, w trakcie realizacji zamówienia publicznego jadłospis siłą rzeczy będzie podlegał powszechnemu ujawnieniu, w związku z tym, że określa jakie posiłki będą otrzymywali goście szpitala. Dowolne osoby będą mogły zatem obserwować, jakie posiłki i w jakiej konfiguracji podaje Food Investment S.A., skutkiem czego niemożliwe jest uznanie tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdaniem Odwołującego, zastrzeżenie poufności tych jadłospisów w ofercie złożonej przez wykonawcę Food Investment S.A. stanowi jedynie próbę uniemożliwienia innym wykonawcom wglądu do oferty, a nie podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności, i tym samym narusza zasadę jawności postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Brak możliwości weryfikacji, czy Zamawiający prawidłowo zbadał ofertę zwycięskiego wykonawcy powoduje w istocie brak możliwości zaskarżenia wyboru tej oferty na tym etapie. Odtajnienie tej oferty jest zatem konieczne także do zweryfikowania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Co więcej, art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wymaga dla definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, aby stanowiły ją informacje, *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.* Podobnie 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 2019 r. poz. 1010 i 1649), **jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.** Jak trafnie wskazała KIO w wyroku z 12 kwietnia 2019 r., sygn. KIO 532/19, *Informacja staje się "tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kręgów odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna.* Jak dodała KIO w wyroku z dnia 11 lutego 2019 r., KIO 148/19, *Jak wynika z treści art. 8 ust. 3 ustawy pzp to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Oznacza to, że rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał i udowodnił, że zastrzeżone informacje w istocie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy zwrócić uwagę na nałożony przez Ustawodawcę obowiązek wykazania, który oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa.* W ofercie Food Investment S.A. wskazano, że zabezpieczono odpowiednio nośniki danych przed dostępem osób nieuprawnionych, a osoby mające dostęp do zastrzeżonych danych są zobowiązane do podpisania klauzuli poufności, jednakże okoliczności te nie zostały przez tego wykonawcę choćby uprawdopodobnione.

W świetle powyższego, trudno wytłumaczyć, jakie informacje o znaczeniu gospodarczym miałyby zawierać jadłospisy dołączone do oferty Food Investment S.A., o których wiedzy mieliby nie mieć konkurenci tego wykonawcy.

Załączniki:

- 1) informacje odpowiadające odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców CATERMED S.A.;
- 2) pełnomocnictwo;
- 3) dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;
- 4) potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
- 5) potwierdzenie wysłania kopii odwołania Zamawiającemu.