

WYROK

Warszawa, dnia 28 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 23 października 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2024 r. przez **wykonawcę Hollywood Textile Service sp. z o.o. z siedzibą w Sierpcu** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. dr Emila Warmińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Bydgoszczy** przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – **wykonawcy ZOLA sp. z o.o. z siedzibą w Łławie**

orzeka:

1. Uwzględnić w części odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 i nakazać zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odtajnienie i udostępnienie Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę ZOLA sp. z o.o. z siedzibą w Łławie jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów, jak również pozostałych nieobjętych zastrzeżeniem: wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie usług i przedmiotowych środków dowodowych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. W pozostałym zakresie co do zarzutu nr 2 odwołanie oddala.

3. Kosztami postępowania obciąża wnoszącego sprzeciw wykonawcę ZOLA sp. z o.o. z siedzibą w Łławie w części 1/2 oraz odwołującego Hollywood Textile Service sp. z o.o. z siedzibą w Sierpcu w części 1/2 i

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Hollywood Textile Service sp. z o.o. z siedzibą w Sierpcu tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika wnoszącego sprzeciw wykonawcy,

3.2. zasądza od wnoszącego sprzeciw wykonawcy ZOLA sp. z o.o. z siedzibą w Łławie na rzecz wykonawcy Hollywood Textile Service sp. z o.o. z siedzibą w Sierpcu kwotę 3750 zł 00 gr (trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnioną część kosztów strony poniesionych tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 3608/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. dr Emila Warmińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Bydgoszczy - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „*Usługa prania białej szpitalnej*”, znak sprawy: DZP-270-49-2024. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 września 2024 r., za numerem 2024/BZP 00492759.

W dniu 2 października 2024 r. odwołanie wniósł wykonawca Hollywood Textile Service sp. z o.o. z siedzibą w Sierpcu – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

1) zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę ZOLA sp. z o.o. z siedzibą w Łławie – dalej Przystępujący lub ZOLA, jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów: wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie usług oraz przedmiotowych środków dowodowych, w tym z uzasadnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa o ile zostało złożone,

- co w efekcie stanowiło naruszenie art. 18 ust. 1 -3 ustawy w związku z art. 74 ust. 1 i ust. 2 ustawy pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w związku z art. 16 ustawy pzp,

2) zaniechania odrzucenia oferty ZOLA a w konsekwencji jej wybór, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wskazanej w Rozdziale VII pkt. 7.2 pozycja 2 tabeli ppkt. a) SWZ, tj. nie wykazał, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, również wykonuje jedną usługę prania na 80.000 kg, każda na rzecz podmiotów leczniczych ze

szczególnym uwzględnieniem szpitali, w związku z czym doszło do podjęcia decyzji przez Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy pzp,

- co w efekcie stanowiło naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt. 1) i 2) ustawy pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy pzp.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) odtajnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu,
- 3) odrzucenia oferty ZOLA ze względu na niezgodność treści tej oferty z treścią warunków udziału w postępowaniu,
- 4) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu z wyłączeniem odrzuconej oferty ZOLA oraz wybór oferty Wykonawcy.

Odwołujący uzasadniając zarzut 1 odwołania wskazał, że 18 września 2024 r. wniósł o udostępnienie ofert wraz ze wszystkimi załącznikami wykonawcy ZOLA. Wykonawca otrzymał formularz ofertowy wraz z następującymi załącznikami:

- 1) Opis przedmiotu zamówienia – Załącznik nr 2 do SWZ
- 2) Oświadczenie o zatrudnieniu pracowników na umowę o pracę – Załącznik nr 3 do SWZ,
- 3) Oświadczenie Wykonawcy dotyczące przedmiotu zamówienia – Załącznik nr 5 do SWZ
- 4) Oświadczenie wykonawcy o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu – Załącznik nr 7 do SWZ

oraz otrzymał informację, że ZOLA zastrzegł określone informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wobec powyższego, Odwołujący w tym samym dniu zwrócił się z wnioskiem o podanie informacji, jakie dokumenty zostały utajnione przez ZOLA oraz przesłanie uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. W dniu 27 września 2024 r. Odwołujący otrzymał informację, że Zamawiający nie może udzielić takich informacji powołując się na art. 18 ust. 3 ustawy pzp. Następnie, w dniu 27 września 2024 r. związku z otrzymaniem informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty Odwołujący zwrócił się z wnioskiem o udostępnienie protokołu z postępowania wraz z całą korespondencją od dnia złożenia ofert do dnia wyboru oferty. Odwołujący otrzymał wyjaśnienia z dnia 20 września 2024 r. złożone przez ZOLA na wezwanie Zamawiającego, natomiast załączniki do przedmiotowych wyjaśnień nie zostały udostępnione Odwołującemu, gdyż zostały oznaczone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący zwrócił się ponownie z wnioskiem o udostępnienie uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, jednak Zamawiający odmówił udostępnienia przedmiotowego dokumentu i wskazał, że wykonawca ZOLA „wniósł o potraktowanie załączonej dokumentacji jako objętej tajemnicą przedsiębiorstwa na podstawie art. 18 ust. 3 PZP. Według mnie wyczerpuje to znamiona tajemnicy przedsiębiorstwa.”

Odwołujący podniósł, że w dokumentacji przekazanej Odwołującemu nie znajduje się żaden dokument z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez ZOLA więc niezrozumiałym jest czemu Zamawiający utajnił część oferty ZOLA oraz dokumenty dołączone do wyjaśnień z dnia 20 września 2024 r. Wykonawca ZOLA zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa:

1. wykaz usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie
2. przedmiotowe środki dowodowe:
 - 1) opis procesu technologicznego prania – czy pralnia wyposażona jest w barierę higieniczną poprzez fizyczny i funkcjonalny podział na strefę czystą i brudną,
 - 2) wykaz środków piorących i dezynfekcyjnych z załączeniem informacji o preparatach (w tym skład chemiczny, obszar zastosowania, sposób użycia, czas i spektrum działania w przypadku preparatów dezynfekcyjnych - również działanie sporobójcze) oraz pozytywnej opinii o tych środkach PZH, a w przypadku środków piorących do bielizny noworodkowej i niemowlęcej - pozytywnej opinii Instytutu Matki i Dziecka (lub równoważnych jednostek),
- 3) kopia certyfikatu PN-EN 14065.
3. uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jeżeli ten dokument w ogóle został przedłożony.

Zamawiający przy ocenie skuteczności zastrzeżenia jawności informacji rażąco naruszył podstawową zasadę prawa zamówień publicznych tj. zasadę jawności postępowania. ZOLA objął tajemnicą przedsiębiorstwa całe dokumenty tj.

wykaz usług wraz z referencjami oraz przedmiotowe środki dowodowe, w tym uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, a Zamawiający następczo uznał za skuteczne zastrzeżenie tych dokumentów, co jest oczywistym naruszeniem zasady jawności postępowania. Wykaz usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie czy przedmiotowe środki dowodowe jako oświadczenia lub informacje dotyczące zgodności oferty z warunkami zamówienia bez wątpienia stanowią załącznik do protokołu i jak takie powinny być udostępnione zainteresowanym na wniosek po wyborze najkorzystniejszej oferty bez zwłoki. Odwołujący podkreślił, że udostępnienie istotnych informacji w postępowaniu o zamówienie publiczne gwarantuje uprawnionym wykonawcom możliwość zweryfikowania decyzji zamawiającego w postępowaniu o zamówienie publiczne i skorzystanie ze środków ochrony prawnej w postaci odwołania. Powołał się na wyrok KIO z dnia 31 marca 2023 r., KIO 701/23, z dnia 11 marca 2022 r., KIO 503/22. Wykonawca ZOLA miał obowiązek wykazania spełnienia 3 przesłanek definicji tajemnicy przedsiębiorstwa określonej w art. 11 ust. 2 UZNK osobno dla każdej z zastrzeganych informacji/dokumentów. Zamawiający nie może przyjmować automatycznie, że każdy wykonawca, który zastrzegł informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa, to przesłanki zastrzeżenia tajemnicy zostały spełnione. Jeżeli dany wykonawca nie wykazał spełnienia przesłanek oraz nie przedstawił dowodów, to Zamawiający, w trakcie badania i oceny ofert powinien udostępnić takie dokumenty pozostałym wykonawcom lub Krajowa Izba Odwoławcza na etapie postępowania odwoławczego powinna nakazać Zamawiającemu takie odtajnienie i udostępnienie. W ocenie Odwołującego, wykonawca ZOLA najprawdopodobniej nie wykazał spełnienia wszystkich ww. przesłanek. Już samo utajnienie uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa dowodzi temu, że zastrzeżenie tajności dokumentów zostało podjęte w celu uniemożliwienia weryfikacji wykazu usług wraz z referencjami oraz przedmiotowych środków dowodowych, a nie ochrony rzekomej tajemnicy dokumentów. Odwołujący nie zna treści uzasadnienia zastrzeżenia dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zaś Zamawiający, co jest dla Odwołującego zupełnie niezrozumiałe, uznał to zastrzeżenie za skuteczne. Skutkiem tego jest to, że Odwołujący nie może w żaden sposób odnieść się do treści uzasadnienia, a tym samym nie może wskazać żadnych argumentów dotyczących uzasadnienia. Natomiast, jeżeli wykonawca ZOLA nie przedstawił żadnego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa poza ogólną informacją jak np. wskazaną w wyjaśnieniach, że wnosi o potraktowanie załączonej dokumentacji jako objętej tajemnicą przedsiębiorstwa na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy pzp, to wykonawca ten w ogóle nie wykazał spełnienia przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, do czego był zobowiązany. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2021 r., sygn. akt. KIO 3513/21, uchwałę z dnia 12 lutego 2020 r., sygn. akt. KIO/KU 5/20, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 czerwca 2023 r. sygn. akt KIO 1463/23. W ocenie Odwołującego w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa ZOLA nie wykazał, że zastrzegane dokumenty zawierają wyłącznie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. ZOLA powinien wykazać, że zastrzeżone informacje są informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa lub innymi informacjami, które posiadają dla tego wykonawcy wartość gospodarczą. Przedstawione przez ZOLA uzasadnienie wartości gospodarczej, jeżeli w ogóle zostało przedstawione, to ze względu na charakter tych dokumentów musiało mieć charakter wyłącznie gołosłowny. Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, które było realizowane na rzecz podmiotów leczniczych ze szczególnym uwzględnieniem szpitali. Szpitale zawierają umowy w trybie ustawy pzp, co oznacza, że tajemnicą przedsiębiorstwa nie może być informacja dotycząca umów zawartych ze szpitalami, gdyż takie informacje objęte są zasadą jawności i dostępne w trybie dostępu do informacji publicznej. Z udostępnionych przez Zamawiającego dokumentów tj. wyjaśnień z dnia 20 września 2024 r. wykonawca ZOLA najprawdopodobniej w złożonym wykazie usług takie usługi wyspecyfikował. ZOLA w złożonych wyjaśnieniach powołuje się na 2 umowy:

- 1) umowa zawarta ze Szpitalem Miejskim w Morągu wraz ze wskazaniem ilości/wagi wykonanego prania;
- 2) umowa zawarta z Wojewódzkim Szpitalem Rehabilitacyjnym dla Dzieci w Ameryce wraz ze wskazaniem ilości/wagi wykonanego prania.

Powyższe wyraźnie wskazuje, że ww. umowy są realizowane dla szpitali, co oznacza, że są to jawne umowy w sprawie zamówienia publicznego i tym samym nie powinny być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wykonawca ZOLA, pomimo zastrzeżenia wykazu usług, sam następnie ujawnia w wyjaśnieniach utajnione informacje. Tak więc, sam wykonawca nie dochowuje należytej staranności przy zastrzeganiu informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający jako jeden z przedmiotowych środków dowodowych wymagał kopii certyfikatu PN-EN 14065. Certyfikat PN-EN 14065 potwierdza, że system kontroli jakości mikrobiologicznej, który wdrożyła pralnia, spełnia międzynarodowe standardy i podlega ciągłemu doskonaleniu. Certyfikat ten jest zgodny z normą PN-EN 14065- Tekstylią. Tekstylią poddawane obróbce w pralni. System kontroli skażenia biologicznego, która to norma opisuje wymagania systemu Analizy Ryzyka i Kontroli Skażenia Biologicznego RABC (Risk Analysis Biocontamination Control). Norma ta jest jawna więc taki certyfikat zawiera informacje zgodne z normą, które są powszechnie dostępne dla wszystkich zainteresowanych. Wykonawca ZOLA w innych postępowaniach prowadzonych na podstawie ustawy pzp nie zastrzegł certyfikatu PN-EN 14065, np. postępowanie prowadzone przez Kociewskie Centrum Zdrowia Sp. z o.o. im. dr Józefa

Balewskiego z siedzibą w Starogardzie Gdańskim pn. „ŚWIADCZENIE USŁUG DEZYNFEKCJI, PRANIA, SUSZENIA I PODUSZEK”, numer s FSZ.242.23.2024, w którym Odwołujący i wykonawca ZOLA brali udział, a Odwołujący w związku z wglądem do ofert w postępowaniu uzyskał przedmiotowy certyfikat. Ponadto, nawet jeżeli niektóre części dokumentu są informacjami, które stanowią dla wykonawcy ZOLA tajemnicę przedsiębiorstwa, to nie uzasadnia to zastrzeżenia całości dokumentów. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lutego 2017 roku, sygn. akt. KIO 242/17 i KIO 258/17. Wykonawca wskazał również w wyjaśnieniach nazwę pralni, której dotyczy opis procesu technologicznego, co wyraźnie potwierdza, że ZOLA instrumentalnie traktuje możliwość utajnienia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Powyższa argumentacja, wyklucza prawidłowe wykazanie, że informacje te nie były podane do wiadomości publicznej czy, że nie są wiadome dla osób z branży. W ocenie Odwołującego niemożliwym jest, żeby ZOLA wykazała podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania zastrzeganych informacji w poufności, w całości, tak jak zostało to przedstawione. Z przyczyn obiektywnych nie mógł temu sprostać, ponieważ nie wystarczającym jest jedynie zapewnienie o podjęciu środków, te należy jeszcze wykazać i poprzeć dowodami.

ZOLA najprawdopodobniej nie uzasadnił należyście lub w ogóle nie uzasadnił, że jakiegokolwiek utajnione dokumenty stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Ich zastrzeżenie ma na celu wyłącznie uniemożliwienie Odwołującemu dokonania weryfikacji prawidłowości oferty złożonej w postępowaniu – tak pod względem zgodności z wymaganiami Zamawiającego wskazanymi w SWZ.

W zakresie zarzutu 2 odwołania Odwołujący wskazał, że zarzut wynika z treści udostępnionych informacji przez Zamawiającego i oparty jest na informacjach zawartych w złożonych wyjaśnieniach wykonawcy ZOLA z dnia 20 września 2024 r.

Zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu wykonawca w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej powinien wykazać się doświadczeniem, że w okresie ostatnich 3 lat wykonał lub wykonuje (w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych) usługę prania na 80 000,00 kg każda na rzecz podmiotów leczniczych ze szczególnym uwzględnieniem szpitali.

Odwołujący wskazał, że ocena spełnienia warunku winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości Zamawiającego na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach, które nie znalazły wyrazu w formie pisemnej, niezależnie od tego czy dany opis oceny sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu należałoby uznać za bardziej adekwatny do przedmiotu zamówienia (wyrok z 17 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 33/12, wyrok z 21 października 2013 r. sygn. akt KIO 2384/13).

Z treści złożonych wyjaśnień wynika, że ZOLA w ramach wykazania ww. doświadczenia wskazał 2 umowy:

- 1) umowa zawarta ze Szpitalem Miejskim w Morągu wraz ze wskazaniem ilości wykonanego prania;
- 2) umowa zawarta z Wojewódzkim Szpitalem Rehabilitacyjnym dla Dzieci w Ameryce wraz ze wskazaniem ilości wykonanego prania.

Umowa zawarta z Wojewódzkim Szpitalem Rehabilitacyjnym dla Dzieci w Ameryce nie spełnia wymagania Zamawiającego w zakresie ilości prania tj. przedmiotowa umowa obejmuje pranie i dezynfekcję o wadze 55 000 kg. Co do drugiej umowy wykazanej w ramach doświadczenia, z informacji posiadanych przez Odwołującego wbrew oświadczeniu złożonemu przez ZOLA umowa zawarta ze Szpitalem Miejskim w Morągu nie spełnia wymagania Zamawiającego w zakresie ilości/wagi prania tj. wykonawca nie wykonał usługi prania o wadze 84 157 kg. W ramach umowy zawartej ze Szpitalem Miejskim w Morągu wykonał usługę prania o wadze 20 392 kg, a ponadto 909 poduszek i 2 materace. Odwołujący wskazał również, że umowa ze Szpitalem Miejskim w Morągu została zawarta w dniu 8 stycznia 2024 r. na okres 36 miesięcy, co oznacza, że przedmiotowa umowa jest realizowana niecały rok. Zgodnie z wiedzą i doświadczeniem Odwołującego, nie jest możliwe w szpitalach o wielkości jak Szpital Miejski w Morągu wykonanie usługi prania o wadze ponad 80 000 kg. Takie usługi mogą być wykonywane w ramach szpitali w dużych miastach wojewódzkich. Doświadczenie, na które powołuje się wykonawca w postępowaniu, powinno być doświadczeniem faktycznie nabytym, a nie doświadczeniem, które wykonawca potencjalnie może nabyć w wyniku zawartej umowy. Powołał się na wyrok KIO z dnia 28 lipca 2022 r., sygn. akt. KIO 1794/22. Nie sposób uznać, że ZOLA wykazał spełnienie warunku udziału, a zatem jego oferta nie powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt. 1) i 2) w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy pzp.

Odwołujący zastrzegł, że w przypadku odtajnienia zastrzeżonych dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa w wyniku których ujawnią się nowe okoliczności Odwołujący może przedstawić nową argumentację w zakresie oferty ZOLA. Formułowanie powyższego zarzutu przez Odwołującego w zakresie niespełnienia warunków udziału w postępowaniu jest działaniem racjonalnym i uzasadnionym. Zaniechanie podnoszenia takiego zarzutu – przy ewentualnym oddaleniu zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa – skutkowałoby utratą możliwości podnoszenia tego zarzutu w przyszłości.

W dniu 11 października 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni wniesione odwołanie w całości. W dniu 11 października 2024 r. Krajowa Izba Odwoławcza wezwała Przystępującego po stronie Zamawiającego do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu w terminie 3 dni. W dniu 14 października 2024 r. Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania i podtrzymał stanowisko wyrażone w zgłoszonym przystąpieniu.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca ZOLA sp. z o.o. z siedzibą w ławie.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami oraz pismo procesowe Przystępującego z oświadczeniem o sprzeciwie wobec uwzględnienia odwołania.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba ustaliła, że w dniu 18 września 2024 r. Odwołujący zwrócił się z wnioskiem o udostępnienie całej oferty Przystępującego.

W odpowiedzi z dnia 18 września 2024 r. Zamawiający wskazał: „*firma ZOLA Sp. z o. o. posiada tajemnicę przedsiębiorstwa, której nie można udostępnić.*”

W dniu 27 września 2024 r. Odwołujący zwrócił się z prośbą o udzielenie informacji, jakie dokumenty zostały utajnione przez firmę ZOLA oraz przesłanie uzasadnienia zastrzeżenia dokumentów. W tym samym dniu zwrócił się o udostępnienie dokumentów: „*Zgodnie z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp zwracam się z prośbą o udostępnienie pełnej dokumentacji z postępowania po wyborze najkorzystniejszej oferty (protokół wraz z wszystkimi załącznikami).*”

W odpowiedzi z dnia 27 września 2024 r. Zamawiający wskazał: „*nie mogę udzielać takich informacji. Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych: "Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa".*”

Ponadto, w tym samym dniu Zamawiający odpowiedział: „*Protokół postępowania nie jest jeszcze gotowy.*”

W dniu 30 września 2024 r. Odwołujący ponownie zwrócił się o udostępnienie protokołu: „*Obowiązek udostępnienia protokołu wynika z treści art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym: (...) Zamawiający ma obowiązek udostępnienia protokołu niezwłocznie. Ponadto, informuję, że obowiązkiem zamawiającego jest prowadzenie protokołu na bieżąco, w szczególności z uwagą na fakt, iż dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający powinien liczyć z wpływem wniosku o udostępnienie protokołu wraz z załącznikami. W związku z przekazaną informacją zwracam się z wnioskiem o*

niezwłoczne udostępnienie całej dokumentacji z postępowania a przekazanie protokołu, gdy zostanie sporządzony.”

W dniu 30 września 2024 r. Odwołujący zwrócił się z wnioskiem o udostępnienie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa: „o udostępnienie uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, która została przedstawiona przez wykonawcę ZOLA Sp. z o.o. Informuję, że samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Potwierdza to aktualne stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2021 r., sygn. akt. KIO 3513/21 (...).”

W dniu 30 września 2024 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu formularz ofertowy Przystępującego oraz załączniki do oferty: Zał. nr 2 - Opis przedmiotu zamówienia, Zał. nr 3 - Oświadczenie o zatrudnianiu osób na podstawie umowy o pracę, Zał. nr 5 - Oświadczenie Wykonawcy dotyczące przedmiotu zamówienia, Zał. nr 7 - Oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Ponadto, udostępnił wyjaśnienia Przystępującego z dnia 20 września 2024 r. oraz wezwanie do uzupełnienia z dnia 19 września 2024 r.

Izba ustaliła, że część przedmiotowych środków dowodowych została złożona przez Przystępującego wraz z ofertą a część w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 19 września 2024 r. Przystępujący w wyjaśnieniach z dnia 20 września 2024 r. wskazał: „Wnoszę o potraktowanie załączonej dokumentacji jako objętej tajemnicą przedsiębiorstwa na podstawie art. 18 ust.3 PZP.” Dokumenty załączone do oferty nie zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa co potwierdził na rozprawie Przystępujący. Część dokumentów załączona do oferty została wyłącznie zamieszczona w folderze zatytułowanym: „Tajemnica przedsiębiorstwa.”

Izba ustaliła dalej, że Zamawiający ustanowił następujący warunek udziału w postępowaniu (pkt 7.2.2. lit. a) SWZ): „Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że: a) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, również wykonuje jedną usługę prania na 80.000 kg, każda na rzecz podmiotów leczniczych ze szczególnym uwzględnieniem szpitali (w przypadku ubiegania się wykonawców wspólnie o udzielenie zamówienia, warunek powyższy musi spełnić co najmniej jeden z Wykonawców) czego potwierdzeniem jest wykaz usług i referencje.”

Przystępujący złożył wraz z ofertą wykaz usług, który został umieszczony w folderze Tajemnica Przedsiębiorstwa.

W dniu 19 września 2024 r. Zamawiający wezwał Przystępującego m.in. do uzupełnienia referencji.

W dniu 20 września 2024 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia i uzupełnił dokumenty wskazując m.in.: „WYJAŚNIENIE w odpowiedzi na wezwanie z dn. 19.09.2024 r. do złożenia przedmiotowych środków dowodowych

Ad.1. W uzupełnieniu złożonego wykazu usług załączam referencje oraz wyjaśniam, iż umowa zawarta ze Szpitalem Miejskim w Morągu obejmuje następujące ilości;

- Pranie bielizny szpitalnej, zabiegowej oraz fartuchów i ubrań lekarskich – 84157 kg
- Pranie poduszek – 2834 szt.
- Pranie i dezynfekcja materacy – 40 szt.

Umowa zawarta z Wojewódzkim Szpitalem Rehabilitacyjnym dla Dzieci w Ameryce obejmuje pranie i dezynfekcję:

- bielizny szpitalnej, odzieży roboczej/ochronnej personelu szpitalnego, obrusów, poduszek, kocy, kołder, materacy łóżkowych, mopów, mat łazienkowych, zasłon prysznicowych – 55000 kg.

Ad.2. W załączeniu opinie PPIS w Łławie z dn. 14.11.2023 r. i z dn. 23.11.2024 r.

Ad.3. i Ad.4. W załączeniu wykaz środków piorących z opisem i dodatkowo opis technologii prania opracowany przez technologa oraz opinia CZD.

Informuję, że skład chemiczny, obszar zastosowania, sposób użycia, czas i spektrum działania w przypadku preparatów dezynfekcyjnych - również działanie sporobójcze - opisane są w przesłanych kartach charakterystyk oraz opiniach dotyczących środków piorących.

Wnoszę o potraktowanie załączonej dokumentacji jako objętej tajemnicą przedsiębiorstwa na podstawie art. 18 ust.3 PZP.

Nadmieniam też, że załączony wraz z ofertą opis procesu technologicznego stosowanego w Pralni Ekologicznej Pingwin dotyczy pralni będącej własnością ZOLA Sp. z o.o., funkcjonującej w oddziale Spółki, pod adresem Szałkowo 39, 14 – 200 Łława, gdzie Spółka ZOLA od 2017 roku prowadzi zakład pralniczy.”

Przystępujący załączył brakujące referencje.

W odwołaniu Odwołujący wskazał na wiadomość e-mail skierowaną do Szpitala w Morągu dnia 1 października 2024 r. o

przesłanie skanu umowy (nr postępowania 38/2023) oraz podanie ilości zrealizowanych kilogramów.

W dniu 1 października 2024 r. Szpital podał dane: pranie 20392 kg, poduszki 909, materace 2.

Do zgłoszonego przystąpienia Wykonawca złożył dokumentację postępowania prowadzonego przez Szpital w Morażu, z której wynika, że przedmiotem zamówienia była usługa prania - 84157 kg, a oferta Przystępującego została wybrana jako najkorzystniejsza.

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadzał się do oceny, czy Przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy oraz czy Zamawiający prawidłowo uznał, że Przystępujący skutecznie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa i czy w konsekwencji Zamawiający zasadnie nie udostępnił Odwołującemu wnioskowanych dokumentów. Analiza dokumentacji postępowania doprowadziła Izbę do przekonania, że argumentacja Odwołującego w zakresie zarzutu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego okazała się chybiona. Izba uznała za zasadny zarzut braku udostępnienia dokumentów, o które wnioskował Odwołujący, ponieważ Przystępujący wraz z ich przekazaniem nie wykazał przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, a w zakresie dokumentów złożonych wraz z ofertą w ogóle nie dokonał takiego zastrzeżenia.

Odnosnie do zarzutu pierwszego odwołania na wstępie wskazania wymaga, że w świetle art. 11 ust. 2 UZNK 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.

Wskazać należy, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, mającą zagwarantować transparentność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, realizując jednocześnie postulaty wynikające z zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz proporcjonalności. W odniesieniu do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK zasada ta doznaje ograniczenia, pod warunkiem, że wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może natomiast zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5, a więc o nazwach albo imionach i nazwiskach oraz siedzibach lub miejscach prowadzonej działalności gospodarczej albo miejscach zamieszkania wykonawców, a także cenach lub kosztach zawartych w ofertach. Co istotne, aby określona informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, przesłanki określone w art. 11 ust. 2 UZNK (wartość gospodarcza informacji, okoliczność, że nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, działania zmierzające do zachowania poufności) muszą zostać spełnione łącznie. Jak wskazano w wyroku KIO 589/21 z dnia 22 marca 2021 r.: *„Dla zachowania poufności informacji konieczne jest to, aby nie była to informacja łatwo dostępna. W ocenie Izby odpadnięcie tej przesłanki powoduje, że informacja traci walor tajemnicy przedsiębiorstwa.”* Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa jako wyjątek od naczelnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazania wymaga, że transparentność postępowań o udzielenie zamówienia publicznego powoduje, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności. Tym samym powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych, a mianowicie konieczności ujawnienia części informacji dotyczących prowadzonej przez nich działalności. *„Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreślić również należy, że nie jest właściwe traktowanie uprawnienia do zastrzeżenia określonych informacji, jako narzędzia służącego uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym oceny ofert i dokumentów składanych w postępowaniu. Stąd, tego rodzaju sytuacje winny być przez wykonawców nie nadużywane i ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji, zaś z perspektywy zamawiającego - powinny być badane z wyjątkową starannością”* (tak też: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 czerwca 2018 r., sygn. akt: KIO 1058/18).

Jak wynika z treści art. 18 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. Z całą pewnością za *wykazanie* nie może zostać uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia

jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z art. 11 ust. 2 UZNK oraz do przywołania treści art. 18 ust. 3 ustawy pzp. Ustawodawca w art. 18 ust. 3 ustawy pzp wskazał również na moment, w którym powinno nastąpić wykazanie skuteczności zastrzeżenia. Stwierdzenie: „jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał” oznacza, że wykazanie przesłanek uzasadniających zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, dla uznania skuteczności zastrzeżenia, musi nastąpić równocześnie ze złożeniem dokumentów zawierających tajemnicę.

Zaznaczyć należy, że badaniu przez Izbę podlega czynność zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba nie docieka natomiast, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. Rozstrzygnięcie sporu przez Izbę polega na odpowiedzi na pytanie, czy zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca w ustawowym terminie uzasadnił w sposób wystarczający bądź nie dokonanego przez siebie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie jest też rolą zamawiającego ocena, czy określone informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Zadaniem zamawiającego jest natomiast zbadanie czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakoś tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne (tak też: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 października 2021 r., sygn. akt: KIO 2551/21 oraz KIO 2573/21).

Dodatkowo podkreślić należy, że zgodnie z art. 18 ust. 1 – 3 ustawy pzp: „1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. 2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. 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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.” W myśl natomiast art. 74 ust. 1 i 2 ustawy pzp: „1. Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek. 2. Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym, że: 1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie (...) – przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.”

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy wskazania wymaga, że argumentacja Odwołującego w zakresie zarzutu 1 odwołania potwierdziła się. Jak Izba ustaliła, Przystępujący dokonał zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyłącznie dokumentów załączonych do wyjaśnień z dnia 20 września 2024 r. Niemniej jednak, co przyznał Przystępujący na rozprawie, zastrzeżenie sprowadzało się do jednozdaniowego oświadczenia i wniosku, aby Zamawiający potraktował ww. dokumenty jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Powyższe przesądza zatem jednoznacznie, że Przystępujący wraz z przekazaniem załączników do wyjaśnień nie wykazał przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, a w postępowaniu odwoławczym nie podważał słuszności argumentacji odwołania w tym zakresie. Dodatkowo Izba zauważyła, że Przystępujący złożył część przedmiotowych środków dowodowych oraz wykaz usług wraz z ofertą nie zastrzegając tych załączników jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa a tylko umieszczając je w folderze zatytułowanym „Tajemnica przedsiębiorstwa”, a więc dokumenty te były jawne w postępowaniu i podlegały udostępnieniu na wniosek w terminie wynikającym z art. 74 odpowiednio do ich charakteru.

Konkludując uznać należało, że Zamawiający niezasadnie nie udostępnił Odwołującemu wnioskowanych dokumentów, gdyż częściowo zostały one nieskutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Przystępującego a częściowo pozostawały jawne jako nieobjęte takim zastrzeżeniem.

Z powyższych względów Izba uznała zarzut za zasadny i nakazała ujawnienie i udostępnienie wnioskowanych przez Odwołującego dokumentów. Izba nie podzieliła przy tym stanowiska Przystępującego, że uwzględnienie tego zarzutu nie jest możliwe w świetle art. 554 ust. 1 ustawy pzp z uwagi na brak wpływu na wynik. Okoliczność, że Odwołujący postawił zarzut dotyczący niespełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu doświadczenia wykonawcy nie oznacza, że Odwołujący nie będzie mógł podnosić dodatkowych zarzutów w oparciu o treść dokumentów, które zostaną mu udostępnione. Izba zauważyła, że Odwołujący podniósł zarzuty wyłącznie w określonych ramach wynikających z wyjaśnień Przystępującego, które zostały mu udostępnione, co nie wyklucza dalszego kwestionowania oferty Przystępującego. Izba uznała w ślad za stanowiskiem przedstawionym w wyroku KIO 807/21, że wobec przepisów regulujących wnoszenie środków ochrony prawnej, dla skuteczności orzeczenia i sanacji działania Zamawiającego, konieczne jest unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Jednocześnie, biorąc pod uwagę fakt braku wcześniejszego udostępnienia Odwołującemu wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie

usług i przedmiotowych środków dowodowych oraz okoliczność, że w konsekwencji Odwołujący będzie mógł negocjować treści zawarte w ww. dokumentach, co może doprowadzić do weryfikacji badania i oceny oferty Przystępującego, Izba stwierdziła, że powyższe może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem spełniła się przesłanka art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp.

Przechodząc do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy pzp podnieść należy, że twierdzenia Odwołującego, w świetle brzmienia warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy nie zasługiwały na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 2) została złożona przez wykonawcę: (...) b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu (...)” Bezsporne było w sprawie oraz wynikało ze złożonych przez Przystępującego dowodów, że usługa dla Szpitala w Morażu wykazana przez Wykonawcę na potrzeby spełnienia warunku doświadczenia wykonawcy jest w trakcie realizacji i obejmuje wykonanie usługi ponad 80 000 kg prania. Przedmiotem sporu było natomiast to czy Przystępujący mógł wykazać się usługą nadal wykonywaną, w ramach której na dzień składania ofert nie wykonano usługi prania na 80 000 kg.

Jak stanowił warunek z pkt 7.2.2. lit. a) SWZ: „Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że: a) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, również wykonuje jedną usługę prania na 80.000 kg, każda na rzecz podmiotów leczniczych ze szczególnym uwzględnieniem szpitali (w przypadku ubiegania się wykonawców wspólnie o udzielenie zamówienia, warunek powyższy musi spełnić co najmniej jeden z Wykonawców) czego potwierdzeniem jest wykaz usług i referencje.” Zdaniem Izby, literalne brzmienie warunku nie pozostawia wątpliwości, że Zamawiający uznał za wystarczające wykazanie się usługą nadal wykonywaną na 80 000 kg. Wbrew stanowisku Odwołującego, Zamawiający nie sprecyzował w warunku, że w przypadku usług okresowych lub ciągłych uzna warunek za spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że w ramach trwającej realizacji wykonał już usługę prania na 80 000 kg. Słusznie podnosił Odwołujący w odwołaniu powołując się na orzeczenia KIO, że: „ocena spełniania warunku winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości Zamawiającego na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach, które nie znalazły wyrazu w formie pisemnej, niezależnie od tego czy dany opis oceny sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu należałoby uznać za bardziej adekwatny do przedmiotu zamówienia (wyrok z 17 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 33/12, wyrok z 21 października 2013 r. sygn. akt KIO 2384/13).” Niemniej jednak w dalszej części odwołania Odwołujący dokonuje wykładni odbiegającej od powyższych zasad dochodząc do wniosków, które nie wynikają z literalnego brzmienia warunku. Dodatkowo na rozprawie Odwołujący powoływał się na powszechną praktykę jak formułuje się takie warunki udziału w postępowaniu, przy czym Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu takiego brzmienia warunkowi nie nadał, jak chciałby tego Odwołujący. Izba podkreśla, że warunek został sformułowany w sposób precyzyjny i jednoznaczny, a więc przeprowadzanie jakiegokolwiek innej wykładni warunku niż literalna nie tylko nie jest konieczne, ale byłoby nieprawidłowe. Co więcej, Odwołujący mógł kwestionować nieproporcjonalność warunku na etapie ogłoszonego postępowania, czego jednak nie uczynił, a więc argumentacja ta jest spóźniona. Jak słusznie wskazano w orzeczeniu KIO 2956/23: „(...) SWZ jest podstawowym dokumentem kształtującym reguły obowiązujące w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Równocześnie stanowi dokument, którego postanowienia są wiążące w równym stopniu zarówno dla wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak i dla zamawiającego. Wskazana zasada z jednej strony gwarantuje, że w przypadku prawidłowej realizacji obowiązków z niej wynikających, zamawiający uzyska przedmiot zamówienia spełniający jego uzasadnione potrzeby, wykonawca zaś na jej podstawie uzyskuje widzę jakie warunki musi spełnić, jakie dokumenty przedstawić, w końcu też w jaki sposób zamawiający dokona oceny złożonych w postępowaniu ofert.” Przystępujący zastosował się więc do treści warunku wynikającej z SWZ, która na tym etapie nie może zostać zmodyfikowana na skutek odwołania się do powszechnej praktyki i zasady proporcjonalności. W konsekwencji Zamawiający zasadnie dokonał weryfikacji spełnienia warunku w oparciu o treść mu nadaną, która dopuszcza wykazanie się realizacją taką jak dla Szpitala w Morażu, w ramach której Przystępujący wykonuje usługę prania na 80 000 kg. Zamawiający nie wymagał bowiem, aby ten zakres warunku (80 000 kg) został spełniony na dzień składania ofert, o czym świadczy brak takiego zastrzeżenia w postanowieniach SWZ. Dlatego też Izba nie uwzględniła zarzutu nr 2 odwołania.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 2 i ust. 3 z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania wnoszącego sprzeciw Wykonawcę w części 1/2 i Odwołującego w części 1/2.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 7500,00 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego i wnoszącego sprzeciw Wykonawcę z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika odpowiednio w kwocie 3600,00 zł (łącznie 14 700,00 zł). Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 11 100,00 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 7350,00 zł (14 700,00 zł x 1/2). Wobec powyższego Izba zasądziła od wnoszącego sprzeciw Wykonawcy na rzecz Odwołującego kwotę 3750,00 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodniczący: