

Warszawa, 2019-12-05

Dolnośląskie Centrum Onkologii
we Wrocławiu
Pl. Hirszfelda 12
53-413 Wrocław

Dot. ZP/PN/56/19/NPR/JG

Szanowni Państwo,

W odpowiedzi na pismo Zamawiającego nr EZP/1719/19 z dnia 05.12.2019, działając na mocy ustawy Prawo zamówień publicznych w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w postępowaniu ZP/PN/56/19/NPR/JG:

GRAPH'IT Sp. z o.o.
N+parametric design MIESZKO NIEDŹWIECKI
ECM Group Polska S.A.,

niniejszym, **po raz trzeci** wnosimy o udostępnienie WSZYSTKICH następujących dokumentów dotyczących przedmiotowego postępowania:

1. pliku JEDZ firmy Miastoprojekt Wrocław Sp. z o.o.
2. pliku JEDZ firmy Architecture Workshop Finland OY
3. Kopii (skanu) protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, aktualnego na dzień dzisiejszy
4. pełnomocnictwa do reprezentacji podwykonawcy Architecture Workshop Finland OY
5. KRS podwykonawcy wraz z tłumaczeniem przysięgłego tłumacza
6. Zał. nr 8 – zobowiązanie podwykonawcy
7. Zał. nr 9 – uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy

Ponadto wzywamy Zamawiającego do odtajnienia wszelkich dokumentów i przesłania ich za pomocą platformy zakupowej złożonych wraz z ofertą wykonawcy – Miastoprojekt Wrocław S.A., w nieprzekraczalnym **terminie 6.12.2019 godzina 15:00**. Nieudostępnienie ww. dokumentów w ww. terminie skutkować będzie bezwzględnym **złożeniem odwołania** na ww. czynność Zamawiającego.

Uzasadnienie

Zgodnie z wyrokiem z dnia 13 lutego 2017 r., KIO 90/17; KIO 112/17, nie można utajnić treści zobowiązań podmiotów trzecich, które na zasadzie art. 22a Pzp udostępniły swoje zasoby wykonawcy oraz JEDZ odnoszących się do podmiotów trzecich i wskazujących na ich tożsamość.

Informacje zastrzeżone przez Miastoprojekt Wrocław S.A. nie spełniają przesłanek uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z orzecznictwem KIO, nie mogą być zastrzeżone jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa informacje dotyczące realizacji takich prac, które wykonywane były w oparciu o umowę w sprawie zamówienia publicznego, a takimi przedmiotowe referencje są bez wątpliwości, gdyż

wynika to z treści oferty. Trudno zakładać, aby fakt realizacji zamówienia publicznego został objęty poufnością, a zatem informacja możliwa do pozyskania przez zainteresowany podmiot w zwykły sposób nie może być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa. Bez wątplenia zakres prac, jakie należało wykazać w ramach posiadanego doświadczenia wyklucza, aby doświadczenie to było realizowane na rzecz prywatnego podmiotu. Także dane techniczne obiektów na etapie realizacji musiały być ujawnione. Jawna powinna być także treść poświadczeń i innych dokumentów złożonych na potwierdzenie należytego wykonania umów, albowiem tego typu dokument nie zawiera żadnych innych niż jawne z mocy prawa informacji. Celem wykonawcy jest wyłącznie ograniczenie możliwości weryfikacji oceny ofert przez konkurencję, a nie ochrona rzekomej tajemnicy przedsiębiorstwa.

Poza wykazem robót budowlanych i osób utajniona została również treść zobowiązań podmiotów trzecich, które na zasadzie art. 22a Pzp udostępniły zasoby, oraz JEDZ odnoszące się do podmiotów trzecich i wskazujące na ich tożsamość. Fakt współpracy z podmiotami trzecimi w zakresie udostępnianych zasobów oraz podwykonawstwa wynika z treści formularza, zatem za nieuzasadnione należy uznać dokonane utajnienie, nawet jeśli wykonawca argumentuje swoje rzekome prawo do utajnienia ww. dokumentów powołując się na to, że podmioty te zobowiązały konsorcjum do zachowania w tajemnicy przekazywanych informacji.

Utajnione informacje nie mogą stanowić wartości gospodarczej ani know-how danego przedsiębiorstwa. Warunki finansowe i ekonomiczne spełnia, rzekomo wykonawca, a nie podmioty trzecie, a pozycja na rynku tych podmiotów wszystkim działającym w branży były znane i niekwestionowane.

Zasadą postępowania, wyrażoną w art. 8 ust. 1 Pzp jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W sytuacjach zupełnie wyjątkowych istnieje możliwość wyłączenia jawności postępowania i to tylko i wyłącznie w uzasadnionych przypadkach, przewidzianych w ustawie. Możliwość wyłączenia jawności postępowania nie może być nadużywana lub traktowana rozszerzająco. Uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być nadużywane i stosowane jedynie do gry konkurencyjnej wykonawców, lecz ma za zadanie zapewnić im ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa ściśle w granicach jej definicji, zawartej w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ciężar udowodnienia zaistnienia absolutnie wyjątkowych okoliczności, uzasadniających utajnienie jawności postępowania i znajdujących oparcie w przepisach ustawy, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał oraz na Zamawiającym - w przypadku, gdy nie zdecydował się on na odtajnienie informacji, których tajność zastrzegł wykonawca, powołując się na konieczność ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa.

Mistoprojekt Wrocław S.A. nie udowodnił swoich oświadczeń o tajemnicy, tym bardziej, że zastrzeżone informacje podmiotów trzecich nie dotyczą zasad współpracy z podmiotami trzecimi, wzajemnych rozliczeń

ani warunków, na których nastąpić ma udostępnienie potencjału, nie są to zatem informacje wrażliwe. **Informacje, które zostały zastrzeżone, są powszechnie dostępne lub też tworzone i wydawane są w celu przedstawienia ich innym podmiotom (JEDZ, referencje, pełnomocnictwa itp.), a tym samym nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Referencje są bowiem ze swej istoty wystawiane z przeznaczeniem dla nieokreślonej liczby podmiotów, które mogą być zainteresowane ich treścią.**

Gdyby wystawiający referencje nie był zainteresowany ujawnieniem określonych informacji podawanych w treści referencji, wówczas nie wystawiałby referencji określonej treści lub też w treści tych referencji zastrzegłby, że nie mogą być one nikomu udostępnione.

Brak jest uzasadnienia dla zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, które ukrywane są tylko przed innymi wykonawcami w postępowaniu, a staną się jawne po podpisaniu umowy z zamawiającym.

Tajemnica przedsiębiorstwa jest wartością, która chroniona jest przez przedsiębiorcę przez cały czas, a nie tylko na etapie od dnia złożenia oferty do dnia podpisania umowy.

Informacja o tym, który podmiot udzieli doświadczenia danemu wykonawcy, jest informacją kluczową, która co do zasady musi być ujawniona, ponieważ stanowi element podstawowy związany z prymatem zasady jawności w postępowaniu. Zobowiązanie podmiotu trzeciego ma charakter oświadczenia, które należy traktować na równi z oświadczeniami o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnieniu warunków udziału w postępowaniu w kontekście możliwości jego ujawnienia, które co do zasady nie są tajne. **Tak jak nie powinien być tajny JEDZ podmiotów trzecich i podwykonawców.**

Użyte przez ustawodawcę sformułowanie, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania”, oznacza coś więcej niż samo wyjaśnienie (uzasadnienie) powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za takie wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.