

Jak w walce wykonawców o zamówienie może stracić zamawiający

Szpital kontra tajemnica dostawcy

Katarzyna Fortak-Karasińska

Agata Baranowska

Ustawa Prawo zamówień publicznych daje wykonawcom możliwość zastrzeżenia pewnych informacji (przy założeniu jawności jako jednej z fundamentalnych zasad), które w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wszystko wydawałoby się proste, gdyby nie to, że na zamawiających został nałożony obowiązek zbadania, czy rzeczywiście zastrzeżone przez wykonawcę informacje mają charakter tajemnicy. Jak z tego wybrnąć?



W sytuacji gdy szpital prowadzi małą procedurę krajową, w której na przykład została złożona tylko jedna oferta, problem powyższego badania praktycznie nie zaistnieje. Sprawa komplikuje się wówczas, gdy zamawiający ogłaszają duże tzw. unijne postępowania, a w grę wchodzi zamówienia o wartości nawet miliona złotych. Wówczas walka wykonawców, często konkurujących ze sobą w danej branży, przybiera postać prawdziwej bitwy, w której niejednokrotnie traci sam zamawiający.

Unijne procedury

W dużych unijnych procedurach praktyką stało się, że ubiegający się o zlecenie weryfikują oferty innych potencjalnych wykonawców. Zdarza się, że kopiuje wszystkie składane dokumenty, a następnie wnikliwie analizują i sprawdzają, czy produkt zaoferowany przez konkurenta spełnia wszelkie wymagania, jakie w zamówieniu publicznym postawił zamawiający.

Problem pojawia się wówczas, gdy wykonawca chcący zapoznać się z protokołem postępowania, którego załącznikami są poszczególne oferty, spotyka się z odmową ze strony zamawiającego z uwagi na zastrzeżenie pewnych informacji w ofercie jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ocena poufności zastrzeżonych przez wykonawcę informacji spoczywa na zamawiającym. To on na podstawie wyjaśnienia wykonawcy weryfikuje, czy zastrzeżone informacje mają taki charakter czy też nie. Zastrzeżona informacja musi mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny, nie może być ujawniona do publicznej wiadomości oraz z wyjaśnień wykonawcy musi wynikać, że podjęto niezbędne działania w celu zachowania jej poufności.

Szpital często podtrzymują tajność oferty w określonym zakresie, opierając się na mocno fachowych wyjaśnieniach wykonawców uzasadniających spełnienie powyższych przesłanek i w obawie o ewentualne roszczenia odszkodowawcze ze strony wykonawcy.

Problem z próbkami

Nie lada problem mają zamawiający, którzy w nawiązaniu do mocno technicznych, specjalistycznych informacji muszą dokonać samodzielnej oceny, czy zastrzeżone informacje są tajemnicą. Na przykład wykonawca zastrzega w ofercie próbki wyrobu będącego przedmiotem postępowania oraz część dokumentacji stricte technicznej dotyczącej tego wyrobu.

Podjętej przez zamawiającego decyzji o uznaniu pewnych informacji za tajemnicę nie musi dzielić i często nie podziela Krajowa Izba Odwoławcza, do której to wykonawca wnosi odwołanie z powodu uniemożliwienia mu zapoznania się z ofertą konkurencyjnego wykonawcy z uwagi na zastrzeżenie przez niego określonych informacji jako tajemnicy na podstawie art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

„ Zastrzeżona informacja musi mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny, nie może być podana do publicznej wiadomości oraz z wyjaśnień wykonawcy musi wynikać, że podjęto niezbędne działania w celu zachowania jej poufności „

Strata szpitala

Może dojść do sytuacji, że najbiedniejszy szpital w walce między wykonawcami prześcigającymi się w niuansach procesów technologicznych, chcącymi za wszelką cenę uzyskać przewagę nad innymi, przegrywa postępowanie przed KIO, ponosząc koszty w wysokości 18 000 zł (uwzględniając koszty dla pełnomocnika strony przeciwnej), co wobec znanej nam wszystkim złej kondycji finansowej służby zdrowia jest niemalym wydatkiem.

Pewnym wyjściem z powyższej sytuacji w momencie wniesienia odwołania przez niezadowolonego wykonawcę jest uznanie zarzutów przez szpital i liczenie na to, że wykonawca, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, złoży sprzeciw. Wówczas bowiem przed KIO prowadzone jest postępowanie, którego stronami są konkurujący ze sobą wykonawcy, i w tym postępowaniu KIO rozstrzygnie zasadność zastrzeżenia informacji. W przeciwnym bowiem wypadku, tj. gdy wykonawca nie złoży sprzeciwu, a zamawiający uzna zarzuty, szpital winien wykonać czynność zgodnie z żądaniem wykonawcy wskazanym w odwołaniu, czyli odtajnić ofertę wykonawcy i udostępnić ją do wglądu. Oznacza to, że zostaje narażony na ewentualne roszczenia wykonawcy, którego oferta została odtajniona.

Grupy zakupowe

Powyższy temat może się okazać jeszcze ciekawszy ze względu na to, że niektóre województwa przymierzają się do stworzenia tzw. grup zakupowych, co oznacza, że w trakcie jednego postępowania kilku zamawiających dokona wspólnych zakupów, np. leków. Walka o te zamówienia będzie jeszcze ostrzejsza, a chęć wygranej przysporzy zamawiającemu więcej problemów, tym bardziej że dla koncernów wpłata 15 000 zł za odwołanie nie stanowi problemu.

Katarzyna Fortak-Karasińska jest partnerem w kancelarii Fortak-Karasiński, a Agata Baranowska, radcą prawnym w tejże agencji