Sygn. akt: KIO 148/19

WYROK
z dnia 11 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Anna Wojciechowska
Protokolant: Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 8 lutego 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 stycznia 2019 r. przez **wykonawcę S&T Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów z siedzibą w Warszawie**
przy udziale **wykonawcy Softiq spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

1.1.unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

1.2.zwrócenie się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego usługi wskazane w pkt 2 wykazu usług złożonego przez wykonawcę Softiq spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach były wykonane na podstawie § 2 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (t. j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1126 ze zm.) o dodatkowe informacje lub dokumenty w zakresie okresu wykonania wdrożenia systemu w ramach referencyjnej usługi;

1.3.ujawnienie dokumentu JEDZ podmiotu trzeciego, na którego zdolnościach wykonawca Softiq spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach zamierza polegać wraz z zakresem zamówienia, który zamierza powierzyć podwykonawcy, jak również zobowiązania do udostępnienia zasobów tego podmiotu wyłącznie w zakresie, w jakim dokumenty te odnoszą się do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 1.2.1.1. lit. A części II SIWZ;

1.4.ujawnienie wykazu usług spełniających wymagania zawarte w pkt 1.2.1.1. lit. A części II SIWZ złożonego przez wykonawcę Softiq spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach wraz z referencjami potwierdzającymi ich wykonanie;

1.5.ujawnienie innych wyjaśnień i dokumentów wykonawcy Softiq spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach złożonych w toku postępowania wyłącznie w zakresie, w jakim odnoszą się do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 1.2.1.1. lit. A części II SIWZ;

1.6.oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2.Pozostałe zarzuty odwołania uznaje za niezasadne;

3.Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów z siedzibą w Warszawie i

3.1.Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę S&T Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

3.2.Zasądza od zamawiającego Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy S&T Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawiekwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący:……..

Sygn. akt KIO 148/19

Uzasadnienie

Zamawiający – Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów z siedzibą w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego *pn. Utworzenie systemu monitorowania pomocy publicznej SHRIMP ver. 2", nr referencyjny: BBA-2/262-28/2018*Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia1 września 2018 r., za numerem 2018/S 168-382580. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach

wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018 zwanej dalej „ustawą pzp").

W dniu 28 stycznia 2019 r. odwołanie wniósł wykonawca S&T Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. zaniechaniu czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy pzp tj. odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę Softiq Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (dalej jako „Softiq") następujących dokumentów:

a) dokumentu JEDZ podmiotu trzeciego, na którego zdolnościach Softiq zamierza polegać wraz z zakresem zamówienia, który Softiq zamierza powierzyć podwykonawcy, jak również zobowiązania do udostępnienia zasobów tego podmiotu;

b) wykazu usług spełniających wymagania zawarte w pkt 1.2.1.1. lit. A części II SIWZ złożonego przez Softiq wraz z referencjami lub innymi dokumentami potwierdzającymi ich wykonanie;

c) wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp, dotyczących wyliczenia ceny oraz kosztów wykonania zamówienia, jak również samego zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa;

d) innych wyjaśnień Softiq złożonych w toku postępowania wobec udostępnienia Odwołującemu jedynie informacji o samym potwierdzeniu przedłożenia Zamawiającemu wyjaśnień oraz dokumentu JEDZ;

pomimo, że ww. dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1-3 i art. 96 ust. 3 ustawy pzp oraz art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej UZNK).

2. zaniechania wykluczenia wykonawcy Softiq z postępowania, pomimo że wykonawca ten w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz, który co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informację wprowadzającą w błąd Zamawiającego, mogącą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy pzp.

3. zaniechanie wykluczenia wykonawcy Softiq z postępowania, pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp.

4. prowadzenia postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji - co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

5. dokonania niezgodnego z przepisami ustawy pzp wyboru oferty Softiq jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy wykonawca ten winien podlegać wykluczeniu, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy pzp.

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

1) unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty;

2) dokonania ponownej czynności oceny ofert;

3) odtajnienie ww. dokumentów złożonych przez Softiq w toku Postępowania;

4) wykluczenie wykonawcy Softiq;

5) wybór oferty S&T jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu,

6) dopuszczenie i przeprowadzenie załączonych dowodów na okoliczności wskazane w treści odwołania;

7) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Uzasadniając zarzut 1 odwołania Odwołujący podniósł, że wykonawca Softiq zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wykaz usług mający spełniać wymagania zawarte w pkt 1.2.1.1. lit. A części II SIWZ, a także referencje lub inne dokumenty potwierdzające wykonanie tych usług. Jednocześnie podmiot ten wskazał, że ujawnienie takich dokumentów skutkowałoby ujawnieniem nazwy podwykonawcy (podmiotu udostępniającego zasoby), zaś szczegółowe uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa zostało przedstawione wraz z ofertą (tj. załącznik nr 5 do oferty). Zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w załączniku nr 5, podmiot trzeci oddaje do dyspozycji Softiq na potrzeby prowadzonego postępowania niezbędne zasoby. W ocenie Sofitq ujawnienie zastrzeżonych informacji spowoduje szkodę poprzez

roszczenia ze strony kontrahentów, jak również może stanowić podstawę do dokonywania przez podmioty konkurencyjne niedozwolonych czynów nieuczciwej konkurencji wobec wykonawcy i podmiotów udostępniających zasoby. W ocenie Odwołującego całe uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest bardzo ogólnikowe i nie odnosi się do żadnych konkretnych przypadków. Niewątpliwie ma charakter uniwersalny (stanowi standardowy zbiór ogólnikowych twierdzeń) i nie zostało poparte żadnymi dowodami. Co więcej, znaczna część twierdzeń jest wręcz nielogiczna i oczywiście sprzeczna z zachowaniami biznesowymi wykonawców. W konsekwencji uznać należy, że Softiq w żaden sposób nie wykazała zasadności tegoż zastrzeżenia, co powinno skutkować odtajnieniem tych dokumentów oraz ich udostępnieniem. Odwołujący wskazał, że nie zostało mu przekazane żadne inne oświadczenie Sofitq, które zawierałoby uzasadnienie tego zastrzeżenia. Przede wszystkim fakt, że wykonawca posługuje się przy wykonaniu zamówienia podmiotem trzecim w żaden sposób nie przesądza o tym, że ww. informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Softiq w żaden sposób nie udowodniła swych twierdzeń, w szczególności o tym, że zawarła stosowne umowy z podmiotem trzecim, które zawierają zastrzeżenia o ich poufności (jak bowiem wskazuje, ujawnienie takich informacji może narazić ją na bliżej niesprecyzowane roszczenia). Ponadto Odwołujący zauważył, że praktyka gospodarcza wskazuje na to, że zastrzega się poufność raczej w odniesieniu co do samej szczegółowej treści umowy, ale nie faktu jej zawarcia. Fakt zawarcia umowy stanowi bowiem informację marketingową przedsiębiorcy wykonującego usługę. Dodatkowo Odwołujący zwrócił uwagę, że Softiq również nie sprecyzowała jakie czyny nieuczciwej konkurencji mogą tutaj wystąpić, jak również w żaden sposób nie wykazała jakiegokolwiek prawdopodobieństwa ich wystąpienia. Uznać zatem należy, w ocenie Odwołującego, że nieujawnianie dokumentacji związanej z podwykonawcami, wykazem usług, referencjami (lub innymi dokumentami potwierdzającymi wykonanie zamówienia) z ww. powodów, nie znajduje żadnego uzasadnienia. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, na sprzeczne stanowiska Zamawiającego, albowiem z jednej strony nie ujawnia dokumentacji związanej z podwykonawstwem, po czym następnie przesyła Odwołującemu swoje wezwanie do wykonawcy Softiq z dnia 9 stycznia 2019 roku, w którym widnieje nazwa jednego podwykonawcy. Ponadto, podmiot ten jest podmiotem powiązanym z Softiq, co dodatkowo uwypukla brak zasadności takiego zastrzeżenia. Odwołujący podkreślił również, że wykonawca zastrzegł wykaz usług, jak również poświadczenia/referencje (ewentualnie inne dowody potwierdzające wykonanie tych usług) dotyczące zamówień realizowanych w trybie ustawy prawo zamówień publicznych. Nie ulega wątpliwości, iż takie informacje są jawne (albowiem mogą zostać ujawnione w trybie dostępu do informacji publicznej). Z JEDZ przestawionego przez Softiq wynika, że w przypadku zdolności technicznej i zawodowej, wymienił on takie podmioty jak: Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, Zakład Ubezpieczeń Społecznych, czy Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych. Według najlepszej wiedzy Odwołującego (bazującej na dokumentach otrzymanych od Zamawiającego) - Softiq złożyła wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp, tj. dotyczące wyliczenia ceny lub kosztu. W tym miejscu Odwołujący wskazał, że posiada jedynie informację o złożeniu przez Softiq samych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Przy czym Odwołujący nie otrzymał żadnego wglądu do treści tego dokumentu (chociażby częściowo). Dodatkowo, jeżeli istotnie Softiq zawarł w tych wyjaśnieniach uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, to Odwołujący również nie otrzymał wglądu do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jeżeli faktycznie, jak wynika z udostępnionych Odwołującemu dokumentów, Softiq nie złożył żadnego dodatkowego uzasadnienia powyższego zastrzeżenia, oczywistym staje się konstatacja, że wyjaśnienia ceny powinny być udostępnione Odwołującemu. Z całą pewnością, zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy pzp, samo poczynienie zastrzeżenia nie jest wystarczające dla jego skuteczności, albowiem musi być ono powiązane z wykazaniem i udowodnieniem jego zasadności. Nie można bowiem uznawać, że tego rodzaju wyjaśnienia są per se tajemnicą przedsiębiorstwa, jeżeli natomiast zostało złożone uzasadnienie tego zastrzeżenia (ale nie zostało ono udostępnione Odwołującemu), powinno ono zostać ocenione przez Izbę pod kątem jego zasadności. W szczególności, czy jest ono konkretne i odnosi się do informacji zawartych w tych wyjaśnieniach, czy podane tam uzasadnienie zostało w jakimkolwiek sposób wskazane, udowodnione lub choćby wysoko uprawdopodobnione. Ponadto zbadaniu powinno podlegać to czy jest jakakolwiek podstawa do poczynienia tego rodzaju zastrzeżenia w odniesieniu do całości wyjaśnień ws. ceny. Z doświadczenia wynika, że najczęściej informacje rzeczywiście wrażliwe to jedynie nikły ułamek całości wyjaśnień, nie dający podstawy do utajnienia całego dokumenty (np. tabele kosztowe, oferty podwykonawców). Powyższe odnosi się również do innych dokumentów nieudostępnionych Odwołującemu, nawet w części, tj.: wyjaśnień Sofitq przesłanych na wezwanie Zamawiającego z dnia 26 listopada 2018 r., wyjaśnień Sofitq przesłanych na dwa wezwania Zamawiającego z dnia 10 grudnia 2018 r., wyjaśnień Sofitq przesłanych na dwa wezwania Zamawiającego z dnia 9 stycznia 2019 r. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że to na podmiocie dokonującym tego rodzaju zastrzeżenia spoczywa ciężar wykazana zasadności tego zastrzeżenia.

W zakresie zarzutu 2 odwołania Odwołujący podniósł, że wykonawca Softiq wprowadził Zamawiającego w błąd w sposób następujący: wykonawca Softiq w wykazie usług mającym spełniać wymagania zawarte w pkt 1.2.1.1. lit. A części II SIWZ zawarł między innymi następującą usługę:

- usługi dla Wortalu PSZ wykonana na rzecz Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, które zgodnie z powszechnie dostępnymi informacjami obejmowały: Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług dla internetowego serwisu informacyjnego Publicznych Służb Zatrudnienia „Wortal PSZ" które obejmują: 1. rozwój; 2. administrowanie oraz usuwanie błędów i awarii; 3. wsparcie Użytkowników, w tym: a) świadczenie usługi hot-line; b) organizację i przeprowadzenie konsultacji grupowych; 4. uruchomienie kolejnych Witryn PUP i WUP w ramach Wortalu PSZ; 5. wykonanie i wdrożenie systemu poczty elektronicznej oraz dokonania migracji do niego dotychczasowych kont Użytkowników poczty elektronicznej wraz z zawartością działających w ramach domeny praca.gov.pl. Natomiast wymaganie Zamawiającego wyraźnie wskazywało na konieczność wykonania usługi polegającej co najmniej na zaprojektowaniu i wdrożeniu systemu informatycznego. Z opisu usług wykonanych przez Softiq wynika, że Softiq realizował usługi rozwoju, administrowania, ale z pewnością nie wdrożenia systemu informatycznego;

- zapewnienie dostępu do usług PUE z wykorzystaniem Węzła Krajowego, wymiana danych pomiędzy PUE a instytucją publiczną, zmiany kalkulatorów emerytalnych, rozszerzenie informacji udostępnianych płatnikom składek, dostosowanie do przepisów ustawowych, wprowadzenie elektronicznie obsługi zapytań - wykonaną na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych; Usługa ta była modyfikacją istniejącego systemu NPI PUE w zakresie dostosowania do zmian ustawowych i umów wchodzących w życie w roku 2017. Natomiast wymaganie Zamawiającego wyraźnie wskazywało na konieczność wykonania usługi polegającej co najmniej na zaprojektowaniu i wdrożeniu systemu informatycznego. Z opisu usług wykonanych przez Softiq wynika, że Softiq realizował usługi rozwoju, administrowania, ale z pewnością nie wdrożenia systemu informatycznego;

- zaprojektowanie i budowa rozszerzeń do systemu e-PFRON2 wykonaną na rzecz Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych. Zgodnie z dostępnym opisem tego zamówienia przedmiotem jest świadczenie usług: 1.1. asysty technicznej i konserwacji systemu e-PFR0N2 przez okres 24 miesięcy od dnia zawarcia Umowy, 1.2. modyfikacji i rozwoju systemu e-PFRON2 przez okres 24 miesięcy od dnia zawarcia Umowy w ramach maksymalnego limitu 5 000 Roboczogodzin, 1.3. transferu wiedzy przez okres 24 miesięcy od dnia zawarcia Umowy w ramach maksymalnego limitu 500 Roboczogodzin. Natomiast wymaganie Zamawiającego wyraźnie wskazywało na konieczność wykonania usługi polegającej co najmniej na zaprojektowaniu i wdrożeniu systemu informatycznego. Z opisu usług wykonanych przez Softiq wynika, że Softiq realizował usługi rozwoju, administrowania, ale z pewnością nie wdrożenia systemu informatycznego;

- ponadto w zakresie wskazanej w pkt 2 wykazu usług Odwołujący podniósł, że zgodnie z posiadanymi przez Odwołującego informacjami wdrożenie w ramach tej usługi zakończyło się w roku 2011. Tym samym nie spełnia ono wymagania w zakresie daty zakończenia usługi.

Ponadto, Odwołujący podniósł, że wykonawca Softiq dwukrotnie powołuje się na zamówienia wykonane na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, podczas gdy zgodnie z SIWZ wykazane usługi muszą wynikać z odrębnych umów zawartych z różnymi podmiotami niezależnymi od Wykonawcy. To na Wykonawcy a nie na Zamawiającym spoczywa obowiązek skonstruowania wykazu usług i wyboru usług, które spełniają wymagania SIWZ.

Zaznaczył także, że zamówienie, o którym mowa w pkt 1 wykazu usług jest zamówieniem wykonanym na rzecz podmiotu zależnego pośrednio od wykonawcy Softiq, co wprost stoi w sprzeczności z wymaganiem Zamawiającego aby wykazane usługi wynikały z odrębnych umów zawartych z różnymi podmiotami niezależnymi od Wykonawcy.

Odnosząc się do zarzutu 3 odwołania Odwołujący powielił argumentację wskazaną powyżej w zakresie czterech usług. Ponadto, wskazał że w zakresie zamówień, które polegały na rozwoju, utrzymaniu systemów i świadczeniu innych usług po uruchomieniu sytemu informatycznego to kwestia ta była przedmiotem zapytania w toku postępowania: pytanie 32, w odpowiedzi na które Zamawiający poinformował, że usługa musi polegać na zaprojektowaniu i wdrożeniu systemu informatycznego. Usługa nieodpowiadająca temu opisowi nie spełnia wymogów określonych w SIWZ. Zamawiający zatem jednoznacznie rozstrzygnął kwestię braku możliwości przedłożenia w ramach zdolności technicznej i zawodowej rodzaju usług, na które powołuje się wykonawca Softiq.

W dniu 7 lutego 2019 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o oddalenie odwołania w całości. W odpowiedzi jak również na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Softiq spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach. W dniu 7 lutego 2019 r. złożył pismo procesowe i wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym jak i na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Izba stwierdziła, że przystąpienie zgłoszone przez wykonawcę Softiq spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach spełniało wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy pzp, zaś Wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. W związku z powyższym wykonawca Softiq spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach stał się uczestnikiem postępowania po stronie Zamawiającego.

Izba dopuściła dowody z całości dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami, pismo procesowe Przystępującego, pismo procesowe Odwołującego oraz dowody złożone przez Odwołującego i Przystępującego na rozprawie.

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 uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1-3 i art. 96 ust. 3 ustawy pzp oraz art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zasługiwał na częściowe uwzględnienie.

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przystępujący złożył wraz z ofertą uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w którym wskazał: *Zgodnie z definicją legalną wynikającą z przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tajemnicą przedsiębiorstwa są nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Wykonawca obejmuje tajemnicą przedsiębiorstwa następujący zakres: 1. Zakres zamówienia jaki zamierzamy powierzyć podwykonawcom i nazwa podwykonawcy. Informacja ta została zastrzeżona na formularzu ofertowym (strona 6 oferty). 2. Dokument JEDZ podmiotu trzeciego. 3. Zobowiązanie do udostępnienia zasobów. 4. Próbka, o której mowa w pkt 3.1.4 części III SIWZ, wraz z opisem. 5. Załącznik 2 — Wykaz osób, w zakresie imion i nazwisk osób wymienionych w wykazie oraz danych dotyczących projektów realizowanych przez te osoby. Zgodnie z treścią art. 11 ust. 1 PZP postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne. Zgodnie z treścią art. 8 ust. 3 PZP w postępowaniu nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Spółka SOFTIQ do dnia upływu terminu składania ofert zastrzegła, jakie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spółki, a niniejszym wykazała, iż informacje te faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto SOFTIQ nie podała wyżej wymienionych informacji w złożonej ofercie do informacji publicznej oraz zadbała o zachowanie ich poufności poprzez zobowiązanie swoich pracowników, współpracowników i kontrahentów do zachowania poufności. Informacje powyższe były i nadal pozostają nieujawnione do publicznej wiadomości. Nazwa podwykonawcy wraz z zakresem zamówienia, który zamierzamy powierzyć podwykonawcom, zobowiązanie do udostępnienia zasobów i oświadczenie JEDZ podmiotu trzeciego na zasobach którego Wykonawca polega i któremu zamierza powierzyć część zamówienia do wykonania. Podmiot ten w zobowiązaniu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów zobowiązał SOFTIQ Sp. z o.o. do zachowania w tajemnicy informacji o udostępnianym potencjale technicznym, ludzkim i ekonomicznym oraz udostępniania tychże informacji wyłącznie Zamawiającemu na potrzeby postępowania. Ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wiąże się z podaniem do wiadomości publicznej informacji dotyczących posiadanego przez SOFTIQ Sp. z o.o. i jego kontrahenta potencjału, samego faktu ich współpracy oraz zakresu relacji handlowych. Ujawnienie tych informacji spowoduje szkodę dla SOFTIQ Sp. z o.o., poprzez roszczenie ze strony kontrahentów. Nieuprawnione wyjawienie tych informacji przez zamawiającego może również stanowić podstawę do dokonywania przez podmioty konkurencyjne niedozwolonych czynów nieuczciwej konkurencji wobec wykonawcy i podmiotów udostępniających zasoby. Ujawnienie JEDZ, pełnomocnictwa podmiotów trzecich równoważne jest z podaniem*

do wiadomości publicznej informacji o nazwie kontrahenta, na zasobach którego polegamy i części zamówienia jaką zamierzamy powierzyć podwykonawcy. Zarówno zakres jak i nazwa kontrahenta objęta została tajemnicą przedsiębiorstwa, ponieważ obie stanowią o wartości gospodarczej, ekonomicznej tegoż kontrahenta. [...] Zastrzeżone przez SOFTIQ i wskazane wyżej dokumenty spełniają wszystkie ustawowe wymagania dla uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa: Są informacjami posiadającymi wartość gospodarczą - odnoszą się do informacji o charakterze komercyjnym, związanych z przedsiębiorstwem wykonawcy i odnoszą się wprost do warunków udziału w postępowaniu określanych przez Zamawiającego w sposób unikatowy, wyłączny dla danego postępowania i związany z jego przedmiotem. Rozpowszechnianie takich wiadomości może zagrażać pozycji konkurencyjnej wykonawcy na rynku czy też w danym jego segmencie. Dodatkowo są informacjami o charakterze handlowym - obejmują całokształt doświadczeń i informacji przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa wykonawcy i brania udziału w danym postępowaniu. Informacje nie były ujawnione do wiadomości publicznej - nie są one znane ogółowi, tj. innym osobom niż uprawnione do pozyskania tej wiedzy. Wykonawca niniejszym wyraził swoją wolę pozostawienia informacji zawartych w wykazach jako poufnych, poprzez złożenie odpowiedniego oświadczenia w chwili składania ofert, wobec czego żaden konkurent czy też szerzej — żaden inny podmiot nieuprawniony przez wykonawcę na zwykłej i dozwolonej drodze nie może zapoznać się z treścią wykazów jak i dokumentów potwierdzający ich należyte wykonanie. Podjęto w stosunku do przedstawionych informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności. SOFTIQ wdrożył i stosuje politykę ochrony informacji wynikającą z stosowanego systemu zarządzania jakością w tym zakresie, wybierając odpowiednie klauzule czy umowy o poufności, klasyfikując informacje wewnątrz organizacji. SOFTIQ stosuje takie zabezpieczenia informacji stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, w taki sposób, że w normalnym toku zdarzeń chroniona informacja nie może dotrzeć w sposób legalny do nieuprawnionych osób trzecich. W przypadku występowania SOFTIQ w konsorcjum lub współpracy podwykonawczej z innym wykonawcą, zasady te dotyczą całości współpracy pomiędzy stronami. Wobec powyższego SOFTIQ raz jeszcze podkreśla, że informacje zawarte w wyżej wskazanych dokumentach są informacjami będącymi tajemnicą przedsiębiorstwa SOFTIQ. Niniejsze informacje mają określoną wartość a ich zastrzeżenie nastąpiło w określonej przepisami prawa formie i czasie. Nawet jeżeli fragment zastrzeżonych informacji był wcześniej w sposób legalny przekazany do publicznej wiadomości, chociażby z uwagi na przepisy obowiązujące spółki publiczne do sporządzania raportów, to nie oznacza, że informacja ta w określonym kontekście - konkretnie wykazie składanym na potwierdzenie posiadanego doświadczenia w celu brania udziału w przetargu publicznym - nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. SOFTIQ zwraca uwagę na wyrok SN z dnia 28 lutego 2007 roku, sygn. akt V CSK 444/06, zgodnie z którym na tajemnicę przedsiębiorstwa składa się całokształt informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych, handlowych i innych, a nie jedynie poszczególne elementy. Niezależnie i jedynie z ostrożności procesowej SOFTIQ, z powołaniem na przytoczone poniżej orzecznictwo, oświadcza, iż traktuje w szczególności wykaz osób jako jeden dokument, jedną informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa i taką informację zgodnie z obowiązującymi go przepisami i procedurami a także informacji takiej tworzonej ad hoc dla danego postępowania, nie ujawnia do informacji publicznej. SOFTIQ wskazuje że stanowisko takie wynika z linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej a w szczególności z orzeczeń: KIO 2189/11, KIO 2190/11, KIO 2191/11 zgodnie z którym KIO wskazało "że jest dopuszczalne zastrzeżenie wykazu jako całości, zwłaszcza w kontekście uznania, że przedmiotowe wykazy mają walor szczególnego zestawienia, które w określonych warunkach mają wartość gospodarczą. Izba wskazuje w tym zakresie za wyrokiem SN z dnia 22 lutego 2007 roku sygn. akt V CSK 444/2006 iż fakt że informacje dotyczące poszczególnych elementów urządzenia są jawne nie decyduje po odebraniu zespołowi wiadomości produkcie przymiotu poufności. SN uznał zatem że ochronie prawnej podlegać może zbiór danych jako całość, nawet jeżeli pewne elementy tego zbioru (tzn. pojedyncze informacje) są podane do wiadomości publicznej". SOFTIQ stoi na stanowisku, że powszechnie obowiązujące przepisy ustawy Pzp nakładają na niego jedynie obowiązek zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w chwili składania wniosku lub oferty. Wykonawca ma obowiązek wyjaśnienia dokonanego zastrzeżenia jedynie w sytuacji, gdy Zamawiający zwróci się do niego o wyjaśnienie dokonanego zastrzeżenia. Zauważyć należy, że przepisy Pzp nie regulują w żaden sposób podstaw prawnych do prowadzenia.

Ponadto ustalono, że Przystępujący wraz z wyjaśnieniami w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 13 listopada 2018 r. złożył uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ustalono również, że Przystępujący w toku postępowania w odniesieniu do pozostałych wyjaśnień i składanych

dokumentów powoływał się na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa złożone wraz z ofertą.

Zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy pzp: *Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.*

W myśl 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.*

W myśl art. 8 ust. 1 ustawy pzp: *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.[…]* - art. 8 ust. 3 ustawy pzp.

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, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane, oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może natomiast zastrzec informacji dotyczących nazwy (firmy) oraz adresów wykonawców, a także informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji oraz warunków płatności zawartych w ofertach. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2017 r., sygn. KIO 686/17: *w odniesieniu do dokumentów przedstawianych na późniejszych etapach postępowania należy przyjąć, że zasadność zastrzeżenia zawartych w nich informacji musi być wykazana wraz ze złożeniem takiego dokumentu*. Co istotne, aby określona informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, przesłanki określone w art. 11 ust. 2 UZNK muszą zostać spełnione łącznie.Zauważyć należy, że informację można uznać za chronioną na podstawie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tylko wówczas, jeśli jest ona poufna. Pozostałe przesłanki w postaci braku ujawnienia informacji i podjęcia działań zabezpieczających są jedynie konsekwencją przesłanki poufności. 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. 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. 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 ideklaracja, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki.

W tym miejscu wskazać należy, iż przywołana wyżej definicja legalna tajemnicy przedsiębiorstwa obowiązuje od dnia 4

września 2018 r., tj. z chwilą wejścia w życie ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2018 r. poz. 1637). Z kolei zgodnie z art. 15 ust. 1 ww. ustawy, przepisy ustaw zmienianych w art. 1 i art. 3 – 14 w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą stosuje się do oceny stanów faktycznych, zaistniałych po jej wejściu w życie.

Uwzględniając powyższe Izba wskazuje, iż do oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez Przystępującego wraz ze złożeniem oferty w dniu 1 listopada 2018 r., a także zastrzeżenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych w dniu 13 listopada 2018 r., znajdzie zatem zastosowanie ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w brzmieniu po nowelizacji z lipca 2018 r. Tym samym Przystępujący dokonując zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w całości winien był wykazać spełnienie przesłanek z art. 11 ust. 2 UZNK.

Zaznaczenia wymaga, że przedmiotem oceny Izby są czynności zamawiającego w postępowaniu, w tym przypadku czynność uznania za prawidłowe zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego.

W ramach powyższego zarzutu Odwołujący domagał się ujawnienia dokumentu JEDZ podmiotu trzeciego, na którego zdolnościach Softiq zamierza polegać wraz z zakresem zamówienia, który Softiq zamierza powierzyć podwykonawcy, jak również zobowiązania do udostępnienia zasobów tego podmiotu; wykazu usług spełniających wymagania zawarte w pkt 1.2.1.1. lit. A części II SIWZ złożonego przez Softiq wraz z referencjami lub innymi dokumentami potwierdzającymi ich wykonanie; wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp, dotyczących wyliczenia ceny oraz kosztów wykonania zamówienia, jak również samego zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa; innych wyjaśnień Softiq złożonych w toku postępowania.

W pierwszej kolejności Izba poddała ocenie uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa załączone przez Przystępującego do oferty. W ocenie Izby Przystępujący nie wykazał wystąpienia przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 UZNK w odniesieniu do zastrzeganych w uzasadnieniu dokumentów. Jednocześnie Izba zaznacza, że mając na względzie, iż Odwołujący nie domagał się ujawnienia wszystkich zastrzeżonych dokumentów, w tym np. wykazu osób, Izba poddała ocenie uzasadnienie w pozostałym zakresie zgodnie z żądaniami odwołania.

Przystępujący nie wykazał, iż przy zachowaniu należytej staranności, w odniesieniu do zastrzeżonych informacji, podjął działania mające na celu utrzymanie ich w poufności. Przystępujący w zakresie rzeczonej przesłanki deklarował, iż dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego zostały zabezpieczone przed ich ujawnieniem, ponieważ Przystępujący wdrożył i stosuje politykę ochrony informacji wynikającą ze stosowanego systemu zarządzania jakością w tym zakresie, wybierając odpowiednie klauzule czy umowy o poufności, klasyfikując informacje wewnątrz organizacji. Ponadto uzasadnił, że pracownicy, współpracownicy i kontrahenci dopuszczeni do przedmiotowych informacji zostali zobowiązani do zachowania ich w poufności. Odnosząc się do powyższego wskazać należy, że Przystępujący ograniczył się jedynie do wyliczenia obowiązujących u niego wewnętrznych uregulowań i zabezpieczeń nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów. Odwołujący nie przedstawił choćby postanowień obowiązujących u niego regulaminów i instrukcji dotyczących zachowania w poufności zastrzeganych informacji. Nie ujawniono także Zamawiającemu przykładowej treści wspomnianych klauzul poufności. Zamawiający nie miał zatem żadnych podstaw, aby stwierdzić, czy klauzule te są wystarczające i czy faktycznie obowiązują. W tym miejscu zauważyć należy, iż wykazanie spełnienia przez Wykonawcę omawianej przesłanki nie powinno być znacząco utrudnione, skoro Wykonawca powołuje się na obowiązujące już u niego wewnętrzne umowy o poufności czy politykę ochrony.
W konsekwencji powyższego nie sposób uznać, by Przystępujący wykazał, iż podejmowane przez niego działania mające na celu zachowanie określonych informacji w poufności są realne i prawdziwe. W ocenie Izby powyższemu przeczy także dowód przedłożony przez Odwołującego, tj. informacja ze strony internetowej, z której wynika, że Przystępujący i podmiot trzeci współpracują ze sobą, co powoduje, że jest możliwe ustalenie, że Przystępujący będzie polegał na zasobach tego podmiotu.
Po drugie, w ocenie Izby Przystępujący nie wykazał również, iż zastrzegane przez wykonawcę informacje mają wartość gospodarczą. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 czerwca 2018 r., sygn. akt: KIO 1058/18: *Wartość ta może wyrażać się w sposób pozytywny - poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo, znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa - może znaleźć uchwytny wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowych jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Wartość gospodarcza to wartość informacji w obrocie, pozwalająca sklasyfikować informację i ująć ją w postaci wartości o charakterze finansowym. Wartość ta ma zatem wymiar obiektywny.* Istotne jest również, że za

informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. Odwołujący wskazał jedynie, że informacje te mają określoną wartość, a ich ujawnienie może stanowić podstawę do dokonywania przez podmioty konkurencyjne niedozwolonych czynów nieuczciwej konkurencji wobec wykonawcy i podmiotów udostępniających zasoby, a także może stanowić zagrożenie dla pozycji konkurencyjnej Przystępującego na rynku. Ponadto wskazał, że zakres i nazwa podwykonawcy została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, ponieważ obie stanowią o wartości gospodarczej i ekonomicznej tego podmiotu. Wykonawca nie przedstawił w jaki sposób informacje dotyczące podwykonawcy, podmiotu trzeciego i udostępnianych zasobów mogą konkretnie wpłynąć na jego konkurencyjność. Na rozprawie Przystępujący wskazał na możliwość podkupywania. Odnosząc się do tego twierdzenia zaznaczyć należy, że po pierwsze, Wykonawca nie uprawdopodobnił, że obawa przed podkupieniem jest uzasadniona. Po drugie, zjawisko podkupywania mogłoby dotyczyć specjalistów w danej dziedzinie, jednak Odwołujący nie żądał ujawnienia wykazu osób.
Przystępujący składając w postępowaniu wykaz usług wraz z referencjami powoływał się na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane wraz z ofertą. W ocenie Izby, w uzasadnieniu Przystępujący nie odniósł się bezpośrednio, dlaczego zbiór usług zawartych w wykazie wraz z referencjami stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie przedstawił jaką wartość gospodarczą mają dla Wykonawcy informacje zawarte w wykazie. W ocenie Izby za wartość gospodarczą nie mogą zostać uznane informacje dotyczące rodzaju zamówienia, dat wykonania, wartości kontraktu oraz podmiotu na rzecz którego usługa była realizowana. Ponadto wskazać należy, że jedna z usług w wykazie została wykonana na rzecz podmiotu publicznego. Podkreślić więc należy, że informacje dotyczące realizacji usług i zamówień wykonywanych na rzecz podmiotów publicznych jako dotyczące działalności tych podmiotów oraz wydatkowania środków publicznych, podlegają co do zasady ujawnieniu wnioskującemu o ich uzyskanie na podstawie przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej. Natomiast referencje potwierdzające wykonanie umów na rzecz publicznych podmiotów nie mogą stanowić informacji „nie podanej do wiadomości publicznej", skoro w myśl ustawy o finansach publicznych wydatkowanie środków publicznych jest co do zasady jawne. Ponadto z samej istoty referencji wynika, iż są to dokumenty, które potwierdzają wyłącznie należyte wykonanie zamówienia i są przeznaczone do przedstawiania różnym podmiotom i w konsekwencji nie są też zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa przez ich wystawcę. Co istotne, pozostałe wyjaśnienia, dokumenty dotyczyły usług wskazanych w wykazie, dlatego też analogicznie Izba nakazała ich ujawnienie.

Izba podkreśla, że powoływane przez wykonawcę w uzasadnieniu potrzeby zastrzeżenia określonych treści oferty muszą, po pierwsze, zostać wykazane, a po drugie, podane w uzasadnieniu fakty muszą mieć charakter obiektywny i weryfikowalny. Natomiast Przystępujący uzasadniając zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał jedynie że podmiot, który zobowiązał się do oddania niezbędnych zasobów do dyspozycji Wykonawcy zastrzegł w swoim oświadczeniu i zobowiązał Wykonawcę do traktowania przekazanych dokumentów oraz złożonego zobowiązania jako tajemnicy przedsiębiorstwa z prawem ujawnienia jej wyłącznie Zamawiającemu. Izba stwierdziła, że sama okoliczność zawarcia pomiędzy Przystępującym a podmiotem trzecim klauzuli poufności, w żaden sposób nie zwalnia wykonawcy z konieczności wykazania przesłanek warunkujących uznanie takiego zastrzeżenia za skuteczne. Klauzula poufności w zakresie wskazania udostępnianych zasobów, aby była skuteczna musiałaby wskazywać, że przedmiot i zakres udostępnionych zasobów wypełnia dla udostepniającego podmiotu przesłanki z art. 11 ust. 2 UZNK, czego w tym przypadku w żadnej mierze nie wykazano. Samo zawarcie klauzuli poufności nie statuuje podstawy i nie zwalnia wykonawcy z obowiązku wykazania podstaw objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Jak już wyżej wskazano Przystępujący temu obowiązkowi nie sprostał. Sporządzone przez niego uzasadnienie było lakoniczne i gołosłowne a rzekomym dowodem uzasadniającym dokonane zastrzeżenie miał być sam fakt zawarcia klauzuli poufności. Przystępujący nie przedłożył Zamawiającemu żadnej umowy łączącej go z podmiotem trzecim, z której wynikałby obowiązek i warunki związane z zachowaniem poufności określonych informacji. Wykonawca jest profesjonalistą, który nie pierwszy raz uczestniczy w postępowaniu o zamówienia publiczne dlatego też powinien dołożyć należytej staranności w celu wykazania, że określone informacje i dokumenty stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa. W niniejszym postępowaniu takiej staranności zabrakło. O braku takiej staranności dodatkowo świadczy fakt, iż w niniejszym postępowaniu w którego przedmiotem są usługi Przystępujący w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa wskazywał że: *wykaz wykonanych dostaw, dokumenty potwierdzające, że dostawy zostały wykonane […] stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.*

Przechodząc do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wskazać należy że uzasadnienie zastrzeżenia zostało złożone wraz z wyjaśnieniami. W przeciwieństwie do powyżej omawianego zastrzeżenia, te w ocenie Izby zostało dokonane skutecznie. Przystępujący w sposób szczegółowy i konkretny wykazał każdą z przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 UZNK. Dochowałnależytej staranności i podjął działania mające na celu utrzymanie informacji w poufności, a także wskazał w sposób wyczerpujący, jaką przedstawiane informacje mają

dla niego wartość gospodarczą. Co istotne, poszczególne przesłanki zostały wykazane w odniesieniu do konkretnych danych zawartych w wyjaśnieniach. Powyższe powoduje, że informacje merytoryczne przenikają się z uzasadnieniem przesłanek z art. 11 ust. 2 UZNK. Dlatego też, Izba uznała że na ochronę zasługują wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z uzasadnieniem, stanowiąc zbiór informacji, które nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp zasługiwał na częściowe uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt 1.2.1.1. lit. A części II SIWZ:*O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie wykonał należycie, (a w przypadku świadczenia usług okresowych lub ciągłych również wykonuje) co najmniej 3 usługi z których: każda polegała co najmniej na zaprojektowaniu i wdrożeniu systemu informatycznego opartego na bazie danych, zintegrowanego z innymi systemami, zasilanego on-line danymi z wielu źródeł za pośrednictwem strony internetowej jednocześnie przez minimum 1 000 nazwanych użytkowników, każda o wartości co najmniej 500 000 zł brutto (bez wartości dostarczonego sprzętu i licencji na oprogramowanie). Wykazane usługi muszą wynikać z odrębnych umów zawartych z różnymi podmiotami niezależnymi od Wykonawcy; co najmniej jedna polegała na zaprojektowaniu i wdrożeniu systemu informatycznego opartego na bazie danych dla administracji publicznej, zintegrowanego z innymi systemami, zasilanego on-line danymi z wielu źródeł za pośrednictwem strony internetowej przez minimum 1 000 nazwanych użytkowników, spełniającego wymagania WCAG 2.0. Uwaga: gdy przedmiotem wykazanego zamówienia nie był wyłącznie wyżej podany zakres, należy go wyodrębnić.*

Zamawiający na pytanie nr 32 wykonawcy z dnia 11 października 2018 r.: *Na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej Zamawiający wymaga by Wykonawca wykazał się: „w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie wykonał należycie, (a w przypadku świadczenia usług okresowych lub ciągłych również wykonuje) co najmniej 3 usługi z których: - każda polegała co najmniej na zaprojektowaniu i wdrożeniu systemu informatycznego opartego na bazie danych, zintegrowanego z innymi systemami, zasilanego on-line danymi z wielu źródeł za pośrednictwem strony internetowej jednocześnie przez minimum 1 000 nazwanych użytkowników, każda o wartości co najmniej 500 000 zł brutto (bez wartości dostarczonego sprzętu i licencji na oprogramowanie). Wykazane usługi muszą wynikać z odrębnych umów zawartych z różnymi podmiotami niezależnymi od Wykonawcy, - co najmniej jedna polegała na zaprojektowaniu i wdrożeniu systemu informatycznego opartego na bazie danych dla administracji publicznej, zintegrowanego z innymi systemami, zasilanego online danymi z wielu źródeł za pośrednictwem strony internetowej przez minimum 1 000 nazwanych użytkowników, spełniającego wymagania WCAG 2.0.” Czy Zamawiający uzna usługi polegające na rozbudowie/modyfikacji wraz z wdrożeniem systemu informatycznego, spełniające pozostałe wymagania postawione w powyższym warunku za spełniające warunek udziału w postępowaniu?* Zamawiający odpowiedział: *że usługa musi polegać na „zaprojektowaniu i wdrożeniu systemu informatycznego [...]”. Usługa nieodpowiadająca temu opisowi nie spełnia wymogów określonych w SIWZ.*

Przystępujący przedstawił na wezwanie Zamawiającego wykaz usług wraz z referencjami potwierdzającymi ich należyte wykonanie przez podmiot udostępniający zasoby.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp: *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu […].*

Podkreślić należy, że Izba poddała ocenie czynności Zamawiającego w postępowaniu, a więc uznanie spełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 1.2.1.1. lit. A części II SIWZ w oparciu o przedstawiony wykaz usług i referencje podmiotu trzeciego. W konsekwencji twierdzenia i dowody złożone przez Odwołującego, który nota bene z uwagi na niemożliwość zapoznania się z dokumentacją objętą tajemnicą przedsiębiorstwa nie miał wiedzy o powyższym, w odniesieniu do usług wykazanych przez Przystępującego w dokumencie JEDZ jako własne, Izba uznała za bezzasadne.

Odnośnie usługi wskazanej w pozycji 2 wykazu usług Odwołujący ponosił, że usługa ta nie spełnia wymagania odnośnie wykonania usługi wdrożenia w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, gdyż wdrożenie systemu zostało wykonane w 2011 r. Na potwierdzenie powyższych twierdzeń złożył dowody, m.in. wydruk ze strony internetowej, z której wynika że wdrożenie systemu miało miejsce w 2011 r. Odwołujący przedłożył również zapytanie ofertowe z 2011 r. na usługę ekspercką - przeprowadzenie raportu z wdrożenia systemu stanowiącego przedmiot wykazywanej w pkt 2 wykazu usług usługi. Nie ulega wątpliwości, że warunek udziału w postępowaniu z pkt 1.2.1.1. lit. A części II SIWZ zawierał wymaganie, że wdrożenie systemu miało nastąpić w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem

terminu składania ofert, a dokonanie wdrożenia w 2011 r. tego wymogu nie spełniało. W ocenie Izby, przedłożone dowody nie stwierdzają w sposób bezsprzeczny, że taka sytuacja miała miejsce i obejmowała całą usługę wykazywaną przez Przystępującego, co mogłoby automatycznie skutkować uznaniem, że Przystępujący warunków udziału w postępowaniu nie spełnił. Niemniej jednak poddają one w wątpliwość spełnienie przez referencyjną usługę warunku udziału w postępowaniu. Nie potwierdziły się również twierdzenia Przystępującego, że okoliczność ta wynika ze złożonej w postępowaniu referencji. Przedmiotowe referencje stwierdzają jedynie okres wykonania całości usługi w skład, której nie wchodziło jedynie wdrożenie. W tym stanie rzeczy Izba uznała za właściwe ustalenie tych okoliczności u źródła. Dlatego też nakazała zwrócenie się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego usługi wskazane w pkt 2 wykazu usług złożonego przez wykonawcę Softiq spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach były wykonane na podstawie § 2 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (t. j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1126 ze zm.) o dodatkowe informacje lub dokumenty w zakresie okresu wykonania wdrożenia systemu w ramach referencyjnej usługi.

Odwołujący zakwestionował również spełnienie warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do usługi z pozycji 1 wykazu usług, poprzez stwierdzenie na podstawie wydruków z KRS, że została ona wykonana przez podmiot pośrednio zależny od Przystępującego. Odnosząc się do powyższego Izba stwierdziła, że Zamawiający nie określił w treści SIWZ, jak rozumie wykonanie usługi przez podmiot niezależny od wykonawcy. Nie wpłynęło w tym zakresie również żadne pytanie od wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu o wyjaśnienie treści SIWZ. Na tym etapie nie jest możliwe nadinterpretowanie postanowień SIWZ, a postępowanie odwoławcze wykazało, że ewentualna „zależność" mogła zostać różnie zrozumiana przez wykonawców. Po pierwsze nie zostało określone czy zależność skutkująca niespełnieniem warunku miałaby występować w dniu zawarcia umowy, czy w trakcie realizacji referencyjnej usługi, czy również po jej wykonaniu. Po drugie w SIWZ mowa o niezależności od wykonawcy. Ma to istotne znaczenie, gdyż Odwołujący wykazywał powiązania pomiędzy podmiotem trzecim a odbiorcą usługi, a także pomiędzy podmiotem trzecim i wykonawcą, które zaistniały po wykonaniu usługi. Nie wskazano także charakteru tej zależności, czy chodzi np. o zależność kapitałową. Przystępujący złożył oświadczenie podmiotu trzeciego, że spółka Softiq nie jest spółką zależną ani dominującą w stosunku do spółki podmiotu trzeciego, w rozumieniu przepisów kodeksu spółek handlowych. W SIWZ nie określono jednak na jakiej podstawie miałoby zostać przeprowadzone badanie tej zależności. W związku z tym, że kwestie te nie zostały wyjaśnione na etapie ogłoszonego postępowania, stwierdzić należało, że niejednoznaczne postanowienia SIWZ nie mogą wywoływać negatywnych konsekwencji dla Wykonawcy w postaci uznania warunku udziału w postępowaniu za niespełniony.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy pzp nie potwierdził się.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 *z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów* (ust. 16); *wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia* (ust. 17).
Odwołujący podniósł naruszenie powyższych przepisów podając tożsamą argumentację jak odnośnie niespełnienia przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu. Mając na względzie, że okoliczności podnoszone przez Odwołującego nie potwierdziły się dla pozycji 1 wykazu usług, a także dla pozycji 2 wykazu usług (kwestie te wymagają dalszego wyjaśnienia) Izba nie stwierdziła, aby Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd, co skutkowałoby wykluczeniem z postępowania.
Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.
O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Przewodniczący:……...