

WYROK

z dnia 29 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2019 r. przez wykonawcę MEDIA CHECK POINT sp. z o.o. w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa z siedzibą w Warszawie przy udziale wykonawcy A. L.-P. prowadzącej w Czajkowie działalność gospodarczą pod nazwą A. L.-P., Wielkopolskie Centrum Odzieży Sportowej KALAHARI, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę MEDIA CHECK POINT sp. z o.o. w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę MEDIA CHECK POINT sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) 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 1333/19

Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa z siedzibą w Warszawie, zwane dalej „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „Przygotowanie i dostarczenie <Wyprawki dla Warszawskiego Malucha>”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3 kwietnia 2019 r. nr 2019/S 066 - 153956.

4 lipca 2019 r. zamawiający przesłał wykonawcy MEDIA CHECK POINT sp. z o.o. w Warszawie, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę A. L.-P., prowadzącą w Czajkowie działalność gospodarczą pod nazwą A. L.-P., Wielkopolskie Centrum Odzieży Sportowej KALAHARI, zwaną dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu,
- 3) zaniechania czynności uznania za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy

przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w dokumentach załączonych do pisma przystępującego z dnia 1 lipca 2019 r.

odwołujący wniósł 15 lipca 2019 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców, gdyż zamawiający zaniechał rzetelnej analizy przedstawionych w dniu 1 lipca 2019 r. przez wykonawcę A. L.- P. nowych referencji oraz wyjaśnień dotyczących referencji wystawionych przez T. P. wraz z załącznikami, który to nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy był on zobowiązany do zapewnienia uczciwej konkurencji i stosowania jednakowych wymagań wobec wszystkich wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu;
- 2) art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przez brak odtajnienia treści złożonych przez wykonawcę A. L.-P. nowych referencji oraz wyjaśnień co do referencji wystawionych przez T. P., pomimo że możliwość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorcy dopuszczalna jest nie później niż w terminie składania ofert, a także nie wykazano zasadności tego zastrzeżenia, podczas gdy zamawiający zobowiązany był do zapewnienia jawności prowadzonego przez siebie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez niedokonanie wykluczenia przystępującego, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących wymaganego doświadczenia;
- 4) art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących wymaganego doświadczenia, co skutkowało powinno wykluczeniem wykonawcy i uznaniem złożonej przez niego oferty za odrzuconą.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności zamawiającego dotyczącej wyboru najkorzystniejszej oferty przystępującego;
- 2) powtórzenia czynności badania ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 3) wykluczenia z postępowania przystępującego z uwagi na brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 4) odtajnienia treści złożonych w dniu 1 lipca 2019 r. przez przystępującego nowych referencji oraz wyjaśnień dotyczących referencji wystawionych przez T. P. wraz z załącznikami.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający 26 czerwca br. wezwał przystępującego do uzupełnienia formularza JEDZ, w którym zostanie wskazana dostawa spełniająca warunki udziału w postępowaniu (w zamian za dostawę realizowaną na rzecz Komendy Głównej Policji), wraz z dowodami, że wykazana w formularzu JEDZ dostawa została wykonana należycie. Zamawiający wskazał przy tym, że dotyczy to: referencji bądź innych dokumentów wystawionych przez podmiot, na rzecz którego dostawa została wykonana oraz kopii dokumentów potwierdzających wysokość należności z tytułu zrealizowania wykazanej dostawy (np. faktury). Dodatkowo zamawiający wezwał do przedstawienia kopii dokumentu potwierdzającego wysokość należności z tytułu zrealizowania dostawy wykonanej na rzecz T. P. (np. faktury).

Odwołujący podniósł, że zamawiający nie był uprawniony do wystosowania kolejnego wezwania w przedmiocie przedłożenia nowych referencji, albowiem powinien on dokonywać oceny już wcześniej złożonych listów referencyjnych. Zdaniem odwołującego wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 czerwca 2019 r., o sygn. akt KIO 1013/19, nakazywał bowiem zamawiającemu pogłębione zbadanie referencji, które zostały pierwotnie złożone przez przystępującego, a nie żądania całkowicie nowych referencji, ja kto uczynił zamawiający. Wskazany wyrok KIO, zdaniem odwołującego, nie daje również podstawy do żądania zmiany oświadczenia w przedmiocie spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego doświadczenia zawartego w JEDZ. Odwołujący przypomniał, iż przystępujący był już uprzednio (16 maja br.) wzywany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wezwanie powinno wobec tego dotyczyć jedynie wyjaśnienia treści referencji złożonych w dniu 13 maja 2019 r. przez przystępującego, które to znajdowały się w posiadaniu zamawiającego. Stąd odwołujący poddał w wątpliwość skuteczność oświadczeń złożonych przez przystępującego w piśmie z dnia 1 lipca 2019 r. zamawiającemu, zawierających w istocie nowe referencje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zdaniem odwołującego, zamawiający dopuścił się naruszenia art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przez brak odtajnienia treści złożonych przez przystępującego nowych referencji oraz wyjaśnień co do referencji wystawionych przez T. P., pomimo że możliwość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorcy dopuszczalna jest nie później niż w terminie składania ofert, a także nie wykazano zasadności tego zastrzeżenia, podczas gdy zamawiający zobowiązany był do zapewnienia jawności prowadzonego przez siebie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że przystępujący w przedmiotowym postępowaniu złożył ofertę 6 maja 2019 r., a więc nie był uprawniony do zastrzeżenia tajemnicy dopiero na etapie składania wyjaśnień co do referencji sporządzonych przez pana T. P. (PROWEAR) oraz nowych referencji wystawionych przez nieujawniony do tej pory podmiot. W ocenie odwołującego, referencje oraz pozostała dokumentacja składana przez przystępującego winna zostać udostępniona (odtajniona), gdyż nie jest ona objęta tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący podniósł, że nawet gdyby przyjąć, iż przystępujący mógł zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa już po złożeniu przez siebie oferty, to i tak nie spełnił on warunku wykazania zasadności tego zastrzeżenia wobec składanych przez siebie nowych referencji oraz wyjaśnień.

Odwołujący argumentował, że złożone w dniu 1 lipca 2019 r. przez przystępującego pismo ma charakter ogólnikowy, nie zawiera także powiązania i odniesienia przedstawianych poglądów doktryny i orzecznictwa do konkretnych okoliczności (informacji) zawartych w złożonych przez przystępującego wyjaśnieniach. W jego treści nie dokonano też aktu subsumpcji, a więc nie przyporządkowano stanu faktycznego pod ogólnie przytoczone normy prawne. Wskazuje na to chociażby fakt, iż w pkt. V wyjaśnień w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa mowa jest o „jednostkowych decyzjach Zarządu Wykonawcy”, a przecież wykonawca A. L.-P. prowadzi jednoosobową działalność gospodarczą, która to nie ma charakteru korporacyjnego, ani też wyodrębnionych organów uprawnionych do reprezentacji, takich jak zarząd. Stąd wyjaśnienia te należy postrzegać jako niekorespondujące z rzeczywistością. Zdaniem odwołującego, przystępujący nie pofatygował się również wyjaśnić, z jakich powodów należy utajnić całą treść przedstawianych przez niego wyjaśnień oraz nowych referencji, a przecież zawsze istniała możliwość ich częściowego tylko zanonimizowania. Według odwołującego bezzasadne jest przy tym powoływanie się na ochronę informacji „z kim Wykonawca współpracuje, dla kogo realizuje zamówienia, o jakiej wartości, w jaki sposób wykazuje spełnienie warunków udziału w postępowaniu” (zob. pkt. IV ust. 2), w sytuacji, gdy wyjaśnienia mają dotyczyć referencji wystawionych przez pana T. P. . Wszakże przystępujący niejako dopiero na etapie kolejnych wyjaśnień wydedukował, że informacje takie stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa, pomimo tego, że wcześniej jej nie zastrzegł, w związku z czym są one już znane odwołującemu.

Według odwołującego w tej sytuacji przyjąć należy, iż przystępujący dokonał nieuprawnionego oraz nieskutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji utajnienie treści korespondencji między wskazanym tu wykonawcą a zamawiającym poczytywać należy za naruszenie zasady jawności.

Zdaniem odwołującego, zamawiający dopuścił się także naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez niedokonanie wykluczenia przystępującego, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących wymaganego doświadczenia, podczas gdy w takiej sytuacji zamawiający był zobowiązany do wykluczenia tego wykonawcy. Podkreślał, iż przystępujący zobowiązany był do wykazania, iż wykonał on w okresie ostatnich trzech lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy, w tym okresie, zrealizował należycie co najmniej dwie

dostawy dostarczenia i wykonania materiałów promocyjnych sygnowanych logiem, każda o wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł brutto. W świetle tak postawionego wymogu, nie jest zatem uprawnione sumowanie szeregu małych zamówień realizowanych na rzecz innego podmiotu do łącznej kwoty 1.000.000,00 zł brutto, albowiem w ten sposób dochodzi do jedynie iluzorycznego spełnienia ww. wymogu dotyczącego doświadczenia wykonawcy.

Odwolujący podniósł, że zamawiający w toku prowadzenia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie dokonał rzetelnej analizy referencji wystawionych przez pana T. P., który to jest najprawdopodobniej spokrewniony z wykonawcą A. L.-P. . Prócz zbieżności nazwisk występuje również analogia co do stałego miejsca prowadzonej działalności gospodarczej, głównego jej przedmiotu, telefonu kontaktowego oraz adresu poczty e-mail, wskazywanych w ofertach składanych przez te podmioty. Ważnym aspektem w ocenie odwołującego jest także fakt, iż z informacji uzyskanych z Urzędu Zamówień Publicznych wynika, że pan T. P. wykonał w 2018 r. tylko 2 różne zamówienia obejmujące kocyki i wyroby dla niemowląt, których wartość wynosiła łącznie jedynie 113.000 zł. Ewentualne zaangażowanie w wykonanie tych zamówień przez przystępującego mogło się zatem ograniczać tylko do podwykonawstwa części przedmiotu zamówienia.

Odwolujący argumentował, że przedstawione przez niego okoliczności są znane również zamawiającemu, gdyż zarówno pismem z dnia 20 maja 2019 r., jak i w treści wcześniej wniesionego odwołania z dnia 5 czerwca 2019 r., odwołujący podnosił, iż zachodzą uzasadnione wątpliwości co do wiarygodności i prawidłowości referencji wystawionych przez pana T. P. na rzecz przystępującego. Zdaniem zamawiającego jednakże „Po analizie dostarczonych dokumentów Zamawiający stwierdził, że firma KALAHARI spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania.”. Według odwołującego, ze stwierdzeniem tym nie sposób się zgodzić, mając na względzie wyżej przedstawione okoliczności faktyczne, które to wskazują, że referencje wystawione przez pana T. P. nie zostały w sposób rzetelny zweryfikowane przez zamawiającego. Konsekwencją błędnej oceny przedstawionych przez przystępującego referencji jest również naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez tego wykonawcę, gdyż jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą, co powinno skutkować wykluczeniem go z postępowania na podstawie ww. przesłanek.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca A. L.-P. prowadząca w Czajkowie działalność gospodarczą pod nazwą A. L.-P., Wielkopolskie Centrum Odzieży Sportowej KALAHARI. Wniosła o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawiła uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), ofertę przystępującego, wezwanie zamawiającego do uzupełnienia JEDZ w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp skierowane do przystępującego 8 maja 2019 r., odpowiedź przystępującego na ww. wezwanie z 9 maja 2019 r., wezwanie zamawiającego do złożenia referencji skierowane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do przystępującego w dniu 10 maja 2019 r., odpowiedź przystępującego na ww. wezwanie z dnia 13 maja 2019 r., wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień skierowane do przystępującego w dniu 16 maja 2019 r., wyjaśnienia przystępującego z dnia 16 maja 2019 r., zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 24 maja 2019 r., odwołanie z dnia 3 czerwca 2019 r. wniesione przez odwołującego w sprawie KIO 1013/19, wyrok Izby z 18 czerwca 2019 r., wydany w sprawie o sygn. akt KIO 1013/19, wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów skierowane do przystępującego 26 czerwca 2019 r., odpowiedź przystępującego na ww. wezwanie z 1 lipca 2019 r. wraz z załącznikami, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 3 lipca 2019 r., wniosek odwołującego o udostępnienie protokołu z 5 lipca 2019, odpowiedź zamawiającego na ww. wniosek, wniosek odwołującego z 8 lipca 2019 r. o odtajnienie załączników do pisma przystępującego z 1 lipca 2019 r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska przedstawione przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

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 Pzp. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą wybraną. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia jego oferty. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu względnie zaniechał czynności odrzucenia jego oferty skutkować będzie koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu, względnie odrzucenia jego oferty, czego efektem może być uzyskanie zamówienia przez odwołującego. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że zamawiający w części III w pkt 12.2 SIWZ wskazał, że za spełniających warunki udziału w postępowaniu Zamawiający uzna Wykonawców, którzy wykażą, że w okresie ostatnich trzech lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy, w tym okresie, zrealizowali należycie co najmniej dwie dostawy dostarczenia i wykonania materiałów promocyjnych sygnowanych logiem, każda o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł brutto. W przypadku dostaw, które są w trakcie realizacji, Wykonawca musi wykazać, że do chwili składania ofert, wartość każdej z wykonanych częściowo dostawy wynosi co najmniej 1 000 000,00 zł brutto.

Ustalono ponadto, że zamawiający zażądał złożenia wraz z ofertą Jednolitego

Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) (część III SIWZ, pkt 13.1.1. b).

Zgodnie z pkt 14.1 SIWZ JEDZ stanowi wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie

podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, a także zawiera istotne informacje wymagane przez Zamawiającego.

Ustalono także, że zamawiający w części III pkt 13.3. SIWZ wskazał, że wezwie

Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie, aktualnych na dzień złożenia, oświadczeń lub dokumentów, o których mowa poniżej.

Natomiast w pkt 13.3.1 a SIWZ wymieniono: dowody, że wykazane w formularzu

JEDZ dostawy zostały wykonane należycie tj.:

- referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane - oświadczenie Wykonawcy, jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać dokumentów;
- w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;

W dalszej kolejności ustalono, że do upływu terminu składania ofert swoją ofertę złożył m.in. przystępujący, to jest A. L. - P., Wielkopolskie Centrum Odzieży Sportowej KALAHAR1, Czajków 10, 62-812 Jarzębniki.

Ustalono, że przystępujący złożył wraz z ofertą dokument JEDZ. W dokumencie tym w części IV (kryteria kwalifikacji) w pkt C (zdolność techniczna i zawodowa) s. 21-22, wskazał, że posiada następujące doświadczenie:

- 1) dostawa koszulek polo z krótkim rękawem na kwotę 1.180.800,00 PLN, data początkowa 09-06-2017 r.; data końcowa 20-11-2017 r. wykonana na rzecz odbiorcy Komenda Główna Policji, ul. Domaniewska 36/38, 02-542 Warszawa;
- 2) dostawa kocyków niemowlęcych i body niemowlęcych o wartości 1.000.500,00 PLN, data początkowa 04-02-2018 r., data końcowa 22-09-2019 r., wykonana na rzecz odbiorcy Prowear, T. P., Czajków 10, 62-812 Jarzębniki.

Ustalono, że zamawiający pismem z dnia 8 maja 2019 r., działając na podstawie art.

26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał przystępującego do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W wezwaniu podkreślono, iż wykonawca jest zobowiązany do wykazania, że w okresie ostatnich trzech lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy, w tym okresie, zrealizował należycie co najmniej dwie dostawy dostarczenia i wykonania materiałów promocyjnych sygnowanych logiem, każda o wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł brutto. Zamawiający wezwał w treści pisma przystępującego do uzupełnienia/wyjaśnienia formularza JEDZ w zakresie braku wykazania w obu dostawach w opisie, że wymienione w nich materiały promocyjne były sygnowane logiem.

Ustalono również, że przystępujący w odpowiedzi na ww. wezwanie złożył w dniu 9 maja 2019 r. zaktualizowany Jednolity Europejski Dokument Zamówienia. W dokumencie tym w części IV (kryteria kwalifikacji) w pkt C (zdolność techniczna i zawodowa) s. 21-22, wskazał, że posiada następujące doświadczenie:

1) dostawa koszulek polo z krótkim rękawem sygnowane logo na kwotę 1.180.800,00 PLN, data początkowa 09-06-2017 r.; data końcowa 20-11-2017 r. wykonana na rzecz odbiorcy Komenda Główna Policji, ul. Domaniewska 36/38, 02-542 Warszawa;

2) dostawa koczków niemowlęcych i body niemowlęcych materiał promocyjny sygnowany logo o wartości 1.000.500,00 PLN, data początkowa 04-02-2018 r., data końcowa 22-09-2019 r., wykonana na rzecz odbiorcy Prowear, T. P., Czajków 10, 62-812 Jastrzębniki.

Ustalono także, że w dniu 10 maja 2019 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub wniosków, w tym dowodów, że dostawy wskazane przez ww. wykonawcę w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia zostały wykonane należycie.

Ustalono, że pismem z dnia 13 maja 2019 r. przystępujący w odpowiedzi na ww. wezwanie, celem wykazania warunku udziału w postępowaniu złożył dokumenty:

1) list referencyjny z dnia 25 kwietnia 2018 r. wystawiony przez Biuro Logistyki Policji

Komendy Głównej Policji, dotyczący dostawy 10.000 sztuk koszulek polo z krótkim rękawem,

2) list referencyjny z dnia 13 maja 2019 r. wystawiony przez Pana T. P. (PROWEAR), z którego wynika, że przystępujący był wykonawcą zamówienia koczków niemowlęcych i body niemowlęcych sygnowanych logiem, zaś łączna wartość zamówienia wyniosła 1.000.500,00 zł.

Następnie ustalono, że zamawiający pismem z 16 maja 2019 r., działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wątpliwości zamawiającego dotyczyły wskazanej przez przystępującego dostawy opisanej jako: Koczek Niemowlęcy, Body Niemowlęce, materiał promocyjny sygnowany logiem, kwota: 1.000.500,00 zł, data wykonywania: 05.02.2018 r. -22.09.2019 r., odbiorca: PROWEAR T. P., Czajków 10, 62-812 Jastrzębniki, co wskazywało, że dostawa jest jeszcze w trakcie realizacji. Stąd też zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień, jaka była wartość wykonanej częściowo dostawy do chwili składania ofert.

Ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący pismem z dnia 16 maja 2019 r. wyjaśnił, że nastąpiła omyłka pisarska w dacie, winno być 22.09.2018 r., jak również, że zamówienie zostało zakończone 22.09.2018 r.

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 24 maja 2019 r. dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego.

Ustalono również, że odwołujący zakwestionował ww. czynność w drodze odwołania z dnia 5 czerwca 2019 r., zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt. 12 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności ustalono, że wyrokiem z dnia 18 czerwca 2019 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1013/19 Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty przystępującego, powtórne badanie i ocenę tej oferty, w tym:

- uznanie za niespełniającą warunków udziału w postępowaniu dostawę zrealizowaną na rzecz Komendy Głównej Policji,
- przeprowadzenie badania i wyjaśnień w celu uzyskania potwierdzenia realności i wiarygodności zrealizowania dostawy wskazanej w referencji wystawionej przez T. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Prowear” T. P. .

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający pismem z dnia 26 czerwca 2019 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do:

- 1) uzupełnienia formularza JEDZ, w którym zostanie wykazana dostawa spełniająca warunki udziału w postępowaniu (w zamian za dostawę realizowaną na rzecz Komendy Głównej Policji), wraz z dowodami, że wykazana w formularzu JEDZ dostawa została wykonana należycie (...),
- 2) przedstawienia kopii dokumentu potwierdzającego wysokość należności z tytułu realizowania dostawy zrealizowanej na rzecz Prowear, T. P. (np. faktury).

Ustalono także, że w dniu 1 lipca 2019 r. przystępujący ustosunkował się do treści ww. wezwania, zastrzegając zarazem jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje znajdujące się we wszystkich złożonych przez siebie dokumentach.

W uzasadnieniu zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa przystępujący wskazał m.in., co następuje.

W zakresie wykonanych zamówień, ochronie przed ujawnieniem jako tajemnica Wykonawcy ofercie podlegają charakter i niektóre istotne elementy relacji wiążącej Wykonawcę z podmiotami prywatnymi wskazanymi w załączonych dokumentach w sposób jednoznaczny pozwalający na identyfikację, na których rzecz Wykonawca realizował dostawy wykazywane na potwierdzenie spełniania warunków w postępowaniu.

Nie powinno budzić wątpliwości, iż fakt zawarcia umowy pomiędzy dwoma kontrahentami, z których żaden nie jest podmiotem publicznym i nie przeprowadzał w zakresie zawartych umów postępowania o udzielenie publicznego, może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa kontrakty były zawierane z podmiotami niepublicznymi/prywatnymi, a tym samym wiedza o nich nie jest powszechnie dostępna, zwłaszcza w kontekście ich przedmiotu, wartości czy terminu realizacji. Informacje te nie są także jawne na podstawie odrębnych przepisów, w szczególności ustawy o dostępie do informacji publicznej. Zastrzeżenie informacji znajdujących się w wykazie doświadczenie ma na celu ochronę interesów Wykonawcy i jego kontrahentów, poprzez uniemożliwienie podmiotom konkurencyjnym poznania obszarów działania Wykonawcy i wskazanych podmiotów oraz szczegółów wiążącej ich relacji handlowej (w tym cen i terminów realizacji).

Zatem, skoro z wykazu zrealizowanych dostaw można wysnuć wniosek, co do tego, na czym rzecz zostały zrealizowane, to także te informacje należało zastrzec. Samo zastrzeżenie nazw odbiorców dostaw, bez zastrzeżenia części wykazu oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówień tam wskazanych byłoby bezskuteczne, bowiem na podstawie właśnie tych dokumentów konkurenci wykonawcy mogliby się dowiedzieć, z kim Wykonawca współpracuje, dla kogo realizuje zamówienia, o jakiej wartości, i w jaki sposób wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zwracam też uwagę na fakt, iż obowiązek utrzymania informacji w tajemnicy wynika wprost z postanowień zaciągniętych przez Wykonawcę zobowiązań a naruszenie tych zobowiązań skutkuje niezwykle dolegliwymi sankcjami finansowymi.

Wszystkie utajnione informacje nigdy nie były i nie są jako całość udostępniane do wiadomości publicznej i jako całość nie są znane ogółowi, są one tajemnicą dla podmiotów trzecich i wola ta dla innych osób jest rozpoznawalna. Ujawnienie nawet fragmentu zastrzeżonych informacji może stanowić podstawę dla skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Jednocześnie podkreślamy, iż Wykonawca podjął w stosunku do w/w informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności. Zgodnie z procedurą obowiązującą u Wykonawcy dokumenty takie, jak informacje dotyczące m.in. realizowanych umów na rzecz podmiotów prywatnych nie są ujawniane podmiotom

trzecim (poza niezbędnym zakresem) i podlegają ochronie jako informacje poufne, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca stosuje rygorystyczną politykę bezpieczeństwa poprzez m.in. zawieranie odpowiednich postanowień w Regulaminie pracy, w umowach o pracę, w umowach o zakazie konkurencji zawieranych z pracownikami oraz o umowach o zachowaniu poufności zawieranych z podmiotami współpracującymi, podwykonawcami. W związku z tym, pracownicy oraz podmioty współpracujące z Wykonawcą także są zobowiązane do zachowania w poufności uzyskanych informacji. Ponadto, Wykonawca przestrzega klauzul poufności, które zobowiązują go do ochrony informacji przekazywanych przez podmioty współpracujące. Wyjątki od tej zasady wynikają z jednostkowych decyzji Zarządu Wykonawcy albo z działań osób trzecich (np. kontrahentów Wykonawcy).

Do ww. uzasadnienia załączono m.in. dwa zobowiązania do zachowania informacji w poufności, których treść również zastrzeżono jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Ujawniono tam dalsze powody zastrzeżenia.

Ustalono również, że zamawiający pismem z dnia 3 lipca 2019 r. dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego.

Ustalono również, że odwołujący 5 lipca 2019 r. zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami.

Ustalono także, że w odpowiedzi na ww. wniosek zamawiający, udostępnił odwołującemu protokół. W odniesieniu do dokumentów złożonych przez przystępującego w dniu 1 lipca 2019 r. zamawiający udostępnił odwołującemu jedynie wyjaśnienia przystępującego co do zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa (bez wymienienia załączników), częściowo odtajniony JEDZ (bez informacji na temat nowej dostawy wykazanej na str. 22). Zamawiający odmówił udostępnienia odwołującemu pozostałej części zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Ustalono także, że pismem z dnia 8 lipca 2019 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie pełnej treści korespondencji prowadzonej między zamawiającym a przystępującym. W odpowiedzi z dnia 10 lipca 2019 r. zamawiający odmówił dokonania tej czynności, uznając, że utajnienie jest skuteczne i dokumenty nie podlegają udostępnieniu innym uczestnikom postępowania oraz że przystępujący przedstawił dowody, iż zastrzeżone informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej i że podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zarzutu odwołujący podniósł, że zamawiający nie był uprawniony do wystosowania do przystępującego kolejnego wezwania w przedmiocie przedłożenia nowych referencji, albowiem powinien on dokonywać oceny już wcześniej złożonych listów referencyjnych. Argumentował, że wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 czerwca 2019

r., wydany w sprawie o sygn. akt KIO 1013/19, nakazywał zamawiającemu pogłębione zbadanie referencji, które zostały pierwotnie złożone przez przystępującego, a nie żądanie całkowicie nowych referencji.

Stwierdzono, że rzeczywiście po wydaniu przez Izbę wyroku z 18 czerwca 2019 r. w sprawie KIO 1013/19 zamawiający pismem z dnia 26 czerwca 2019 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do:

- 1) uzupełnienia formularza JEDZ, w którym zostanie wykazana dostawa spełniająca warunki udziału w postępowaniu (w zamian za dostawę realizowaną na rzecz Komendy Głównej Policji), wraz z dowodami, że wykazana w formularzu JEDZ dostawa została wykonana należycie (...),
- 2) przedstawienia kopii dokumentu potwierdzającego wysokość należności z tytułu realizowania dostawy zrealizowanej na rzecz Prowear, T. P. (np. faktury).

Zdaniem Izby, działania zamawiającego nie pozostawały w sprzeczności z przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ani art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i były następstwem wyroku Izby z dnia 18 czerwca 2019 r.

W pierwszej kolejności przypomnienia wymaga, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie tylko kreuje uprawnienie, ale wręcz obowiązek po stronie zamawiającego wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Na powyższe wskazuje użyty przez ustawodawcę zwrot „wzywa”. Nie ulega także wątpliwości, że dokumentami podlegającymi procedurze uregulowanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp są m.in. JEDZ, wymieniony w art. 25a ust. 1 w zw. z art. 25a ust. 2 Pzp i referencje, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Przypomnienia w tym miejscu wymaga także, że w przywołanym wyroku Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty przystępującego, powtórne badanie i ocenę tej oferty, w tym:

- uznanie za niespełniającą warunków udziału w postępowaniu dostawę zrealizowaną na rzecz Komendy Głównej Policji,
- przeprowadzenie badania i wyjaśnień w celu uzyskania potwierdzenia realności i wiarygodności zrealizowania dostawy wskazanej w referencji wystawionej przez T. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Prowear” T. P. .

Skoro zatem w myśl warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 12.2 SIWZ, należało się wykazać posiadaniem doświadczenia w wykonaniu dwóch dostaw dostarczenia i wykonania materiałów promocyjnych, zaś Izba orzekła, że jedna z referencyjnych dostaw nie odpowiada treści warunku, a druga dostawa wymaga przeprowadzenia ponownego badania i wyjaśnień to oczywistym było, że zamawiający - zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - musiał skierować do przystępującego wezwanie w tym trybie.

Powyższe wynikało także z uzasadnienia wyroku sporządzonego przez Izbę. Na uwagę zasługiwał fakt, że w pierwszym odwołaniu z 3 czerwca 2019 r. odwołujący domagał się wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 12.2. SIWZ. Uszło uwadze odwołującego, że Izba uznała to żądanie za bezzasadne. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku, powodem oddalenia żądania była stwierdzona przez Izbę okoliczność, że przystępujący nie był jeszcze wzywany do uzupełnienia dokumentów, a jedynie do ich wyjaśnienia w przedmiocie dotychczas wykazywanych dostaw. „Izba w treści sentencji nie nakazała odrzucenia oferty Przystępującego. Izba nakazała ponowne badanie i ocenę oferty Przystępującego. Z przedstawionego stanu faktycznego nie wynikało jednoznacznie, aby Przystępujący dokonywał uzupełnienia dokumentów, a jedynie uściślenia wykazanych dotychczas usług” (por. s. 13 uzasadnienia wyroku Izby w sprawie KIO 1013/19).

Wezwanie skierowane do przystępującego w dniu 26 czerwca 2019 r. nie naruszało także zasady jednokrotności wezwania do uzupełnienia tego samego dokumentu na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z zasadą ukształtowaną w orzecznictwie Izby, zamawiający zobowiązany jest do jednokrotnego, pełnego i prawidłowego wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Prawidłowe wezwanie powinno obejmować wszystkie dające się dostrzec nieprawidłowości. Odwołujący wywiódł w odwołaniu, że przystępujący już uprzednio (16 maja br.) był wzywany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący nie dostrzegł jednak, że wezwanie z 16 maja 2019 r. było jedynie wezwaniem do złożenia wyjaśnień

wystosowanym do przystępującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, a nie wezwaniem do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zasada jednokrotności wezwania nie dotyczy wezwania do złożenia wyjaśnień kierowanego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, gdyż instytucja ta nie prowadzi do zmiany wykazywanego doświadczenia, a jedynie do usuwania wątpliwości do co zasobu już wykazanego.

Nie naruszał zasady jednokrotności wezwania również fakt, że zamawiający pismem z dnia 8 maja 2019 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Podkreślenia wymagało, że powodem wezwania z 8 maja 2019 r. były zupełnie inne braki w dokumencie JEDZ. Jak bowiem wynikało z wezwania, zamawiający wezwał przystępującego do uzupełnienia/wyjaśnienia formularza JEDZ w zakresie braku wykazania w opisie obu dostaw (wykonanych na rzecz KG Policji i T. P.), że będące ich przedmiotem materiały promocyjne były sygnowane logiem. Wezwanie to dotyczyło zatem zupełnie innej kwestii. Ponadto, co wynika pośrednio z wyroku Izby z 18 czerwca 2019 r., wezwanie to nie było kompletne. Zamawiający nie dostrzegł, że dostawa wykonana na przez przystępującego rzecz Komendy Głównej Policji w ogóle nie powinna być brana pod uwagę przy ocenie spełnienia warunku. Stąd nie ulegało wątpliwości, że zaistniała konieczność powtórzenia wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z prawidłowym uzasadnieniem, co zamawiający prawidłowo uczynił w piśmie z dnia 26 czerwca 2019 r. Kierując się powyższymi rozważaniami zarzut uznano za chybiony.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Art. 8 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że 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. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

W pierwszej kolejności odwołujący zarzucił, że zamawiający bezzasadnie zaniechał odtajnienia dokumentów i wyjaśnień złożonych przez przystępującego przy piśmie z dnia 1 lipca 2019 r., gdyż - zdaniem odwołującego - przystępujący był uprawniony do zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jedynie do upływu terminu składania ofert.

Rzeczywiście z literalnego brzmienia przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp można byłoby wysnuć wniosek, że zastrzeganie przez wykonawców informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa możliwe jest tylko do upływu terminu składania ofert. Uszło jednak uwadze odwołującego, że zgodnie z ustawą Pzp, wykonawcy mają obowiązek składać zamawiającemu dokumenty i oświadczenia również po upływie terminu składania ofert. Dotyczy to m.in. oświadczeń i dokumentów składanych choćby w odpowiedzi na wezwanie kierowane w trybie art. 26 ust. 1, art. 26 ust. 2f, art. 26 ust. 3 czy art. 90 ustawy Pzp. Przepisy art. 8 ust. 3 ustawy Pzp czytany literalnie nie odnosiłby się do tych dokumentów. W orzecznictwie Izby i sądów okręgowych sprawujących nadzór instancyjny nad orzeczeniami Izby ukształtował się jednak jednolity pogląd, że przepis ten winien być stosowany także w odniesieniu do dokumentów składanych po terminie składania ofert. Zgodnie z tym stanowiskiem, jeżeli zajdzie konieczność złożenia poufnych dokumentów po upływie terminu składania ofert, to wykonawcy mają możliwość zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa w momencie składania tych dokumentów zamawiającemu. W tym również momencie powinni się wywiązać z obowiązku udowodnienia skuteczności zastrzeżenia.

Przyjęcie interpretacji art. 8 ust. 3 ustawy Pzp proponowanej przez odwołującego oznaczałoby, że istniałaby luka w procedurze, w razie złożenia przez wykonawców dokumentów poufnych po upływie terminu składania wniosków czy ofert. Tymczasem, zgodnie z art. 21 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE O ile nie przewidziano inaczej w niniejszej dyrektywie lub w przepisach krajowych, którym podlega dana instytucja zamawiająca, w szczególności w przepisach dotyczących dostępu do informacji, a także bez uszczerbku dla obowiązków związanych z podawaniem do wiadomości publicznej informacji o udzielonych zamówieniach oraz z udostępnianiem kandydatom i oferentom informacji określonych w art. 50 i 55, instytucja zamawiająca nie ujawnia informacji przekazanych jej przez wykonawców i oznaczonych przez nich jako poufne, w tym między innymi tajemnic technicznych lub handlowych oraz poufnych aspektów ofert. Dostrzeżenia wymaga, że przywołany przepis prawa unijnego jest skierowany do

instytucji zamawiających i zakazuje im ujawniania informacji poufnych, bez względu na to kiedy takie informacje są przekazywane. Zarzut należało uznać zatem za chybiony.

W dalszej części zarzutu odwołujący podniósł, że przystępujący nie zdołał udowodnić zamawiającemu skuteczności poczynionego zastrzeżenia.

Przypomnienia wymaga, że rzeczywiście jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Dostrzec należy, że w poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: „Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych”.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, przystępujący zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

Ustawodawca w art. 11 ust. 2 uznk, przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej.

W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie uznk podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą” (S. Sołtyński w: Komentarz do

art. 11 ZNKU, w: Komentarz ZNKU pod red. J. Szewi, Warszawa 2006, str. 447 K. Korus, Komentarz do art. 11 UZNK. System Informacji Prawniczej Lex, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

s. 5). W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa (E. Wojcieszko-

Glusko, Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ, 2005/86, str. 7, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS (Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu), przewidującego że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do

sformułowania przepisu art. 11 ust. 2 uznk.

Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów.

W pierwszej kolejności odwołujący podniósł w odwołaniu, że uzasadnienie zastrzeżenia jest nieprawidłowe, gdyż w jego treści nie dokonano aktu subsumpcji, a więc nie przyporządkowano stanu faktycznego pod ogólnie przytoczone normy prawne. Odwołujący powołał się na fakt, iż w pkt. V wyjaśnień w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa mowa jest o „jednostkowych decyzjach Zarządu Wykonawcy”, a przecież przystępujący prowadzi jednoosobową działalność gospodarczą, która to nie ma charakteru korporacyjnego, ani też wyodrębnionych organów uprawnionych do reprezentacji, takich jak zarząd.

Rzeczywiście w uzasadnieniu czynności zastrzeżenia sporządzonym przez przystępującego pojawił się cytowany przez odwołującego fragment zgodnie z którym,

Wykonawca przestrzega klauzul poufności, które zobowiązują go do ochrony informacji przekazywanych przez podmioty współpracujące. Wyjątki od tej zasady wynikają z jednostkowych decyzji Zarządu Wykonawcy albo z osób trzecich (np. kontrahentów Wykonawcy).

Oczywistym jest, że przystępujący jest przedsiębiorcą prowadzącym jednoosobową działalność gospodarczą i nie posiada zarządu w rozumieniu przepisów KSH. Jak wyjaśnił jednak przystępujący, w jego firmie mianem „zarządu” zwyczajowo określane są osoby kierujące (zarządzające) przedsiębiorstwem i podejmujące decyzje np. o losie powierzonych mu informacji poufnych. W związku z tym samo pojawienie się w wyjaśnieniach określenia „zarząd” na określenie osób, które w przedsiębiorstwie przystępującego decydują o zwolnieniu w jednostkowych przypadkach z przestrzegania klauzul poufności nie dyskredytowało jeszcze sporządzonego uzasadnienia.

Odwołujący w dalszej części zarzutu podniósł, że przystępujący miał nie wyjaśnić, z jakich powodów należy utajnić całą treść przedstawianych przez niego wyjaśnień oraz nowych referencji, wskazując, że istniała możliwość ich częściowego tylko zanonimizowania.

Stanowisko odwołującego nie polegało na prawdzie, gdyż przystępujący przedstawił w wyjaśnieniach powody utajnienia informacji w całości. Przystępujący wskazał na str. 3 i 5 sporządzonego przez siebie uzasadnienia, że jego intencją była ochrona informacji handlowych obejmujących dane o szczegółach relacji handlowych, danych kontrahentów, cen, terminów i innych szczegółów transakcji. Wskazał, także, że taki zakres ochrony wynika z postanowień zaciągniętych przez niego zobowiązań zabezpieczanych stosownymi sankcjami. Istotna w sprawie była także analiza treści owych zobowiązań, do których odsyłało uzasadnienie. Podkreślenia wymagało, że zobowiązania te przystępujący poczynił na rzecz obu podmiotów, które wystawiły mu referencje. W zobowiązaniach tych ujawniono dalsze powody, dla których zastrzeżenie jest czynione. Wskazano tam na potrzebę ochrony projektów graficznych i projektów materiałów reklamowych, które załączono do wyjaśnień i opisano szczegółowo w dokumentach z 4 lutego 2018 r i z 12 grudnia 2018 r. Z wyjaśnień wynikało także, że dostawy promocyjne odnosiły się częściowo do pilotażowych marek. W zobowiązaniach zastrzeżono także obowiązek zwrotu materiałów poufnych otrzymanych od kontrahentów w zastrzeżonym terminie na żądanie uprawnionego. Co więcej, zobowiązania te zabezpieczono rzeczywiście dotkliwymi sankcjami, na co zwrócono uwagę w pkt IV. 3 uzasadnienia zastrzeżenia. Nie można było zatem utrzymywać, że przystępujący nie sprecyzował dlaczego chce zastrzec całość złożonych przez siebie dokumentów.

W dalszej kolejności odwołujący podniósł, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest bezskuteczne w stosunku do dostawy wykonanej przez przystępującego na rzecz T. P., gdyż informacja na temat tej dostawy wynikała z jawnego dokumentu JEDZ.

Rzeczywiście z jawnej części dokumentu JEDZ złożonego przez przystępującego można było wywnioskować, że przystępujący wykonał na rzecz pana T. P. dostawę, której przedmiotem były kocyki niemowlęce, body niemowlęce i materiały promocyjne sygnowane logo o wartości ponad 1 mln zł, w okresie od 4.2.2018 r. do 22.09.2018 r. Jednakże szczegółowość informacji przekazanych zamawiającego przy piśmie z dnia 1 lipca 2019 r.

daleko wkraczała poza ww. dane. I to właśnie ta szczegółowość wymusiła na przystępującym konieczność zastrzeżenia jako swej tajemnicy tych dalszych informacji. Do pisma z 1 lipca 2019 r. przystępujący załączył bowiem dokumenty umowne, dokumenty odbiorowe, podpisane zobowiązania o poufności, opisy projektów graficznych, informacje o dalszych odbiorcach towaru, które jego kontrahent chciał chronić.

Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp okazał się bezzasadny.

Za chybiony uznano zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

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

(■ ■ ■).

Art. 24 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

W pierwszej kolejności w uzasadnieniu zarzutu odwołujący podniósł, że w świetle warunku opisanego w pkt 12.2 SIWZ nie jest uprawnione sumowanie szeregu małych zamówień realizowanych na rzecz innego podmiotu do łącznej kwoty 1.000.000,00 zł brutto, albowiem w ten sposób dochodzi do jedynie iluzorycznego spełnienia ww. wymogu dotyczącego doświadczenia wykonawcy.

Zarzut okazał się chybiony. Analiza dokumentów załączonych przez przystępującego do pisma z dnia 1 lipca 2019 r. prowadziła do wniosku, że w żadnej z dwóch referencyjnych dostaw nie dochodziło do sumowania mniejszych zamówień realizowanych na rzecz tego samego podmiotu. Przystępujący złożył dokumenty z których wynikało, że obie dostawy zostały zrealizowane w wyniku wykonania jednego stosunku umownego. Na powyższe wskazywała choćby analiza treści umów zawartych z oboma kontrahentami, podpisanych przez nich protokołów odbiorczych i dokumentów księgowych.

W dalszej części uzasadnienia zarzutu odwołujący podniósł, że zamawiający nie dokonał rzetelnej analizy referencji wystawionych przez pana T. P., który jest najprawdopodobniej spokrewniony z wykonawcą A. L.-P. . Wskazywał, że prócz zbieżności nazwisk występuje również analogia co do stałego miejsca prowadzonej działalności gospodarczej, głównego jej przedmiotu, telefonu kontaktowego oraz adresu poczty e-mail, wskazywanych w ofertach składanych przez te podmioty.

Rzeczywiście owa zbieżność występowała, co uzasadniało konieczność pogłębionej analizy kontraktu. Na powyższy obowiązek zwróciła uwagę zamawiającemu Izba w wyroku KIO 1013/19, wytykając jego uchybienia w tym zakresie. Jednakże na chwilę wyrokowania w tej sprawie nie można było utrzymywać, że zamawiający nie dokonał szerszej analizy referencji wystawionych przez pana T. P. . Zamawiający pismem z dnia 26 czerwca 2019 r. wezwał przystępującego do złożenia dokumentu potwierdzającego wysokość należności z tytułu realizowania dostawy zrealizowanej na rzecz Prowear, T. P. (np. faktury). W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przystępujący 1 lipca 2019 r. złożył komplet dokumentów odnoszących się do kwestionowanej transakcji, takich jak dokument księgowy, umowa z aneksem, opis zamówienia, z których wynikało, że dostawa referencyjna rzeczywiście została wykonana przez przystępującego. Ze stanu faktycznego ustalonego w sprawie wynikało zatem, że zamawiający dokonał weryfikacji transakcji kwestionowanej przez odwołującego, a przy ocenie warunku nie opierał się jedynie na dokumencie referencji.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że z informacji uzyskanych z Urzędu Zamówień Publicznych wynika, że pan T. P. wykonał w 2018 r. tylko 2 różne zamówienia obejmujące kocyki i wyroby dla niemowląt, których wartość wynosiła łącznie jedynie 113.000 zł. Wskazywał, że zaangażowanie w wykonanie tych zamówień przez przystępującego mogło się zatem ograniczać tylko do podwykonawstwa części przedmiotu zamówienia.

Zarzut ten jest niezasadny. Z dokumentów złożonych przez przystępującego przy piśmie z 1 lipca 2019 r. wynikało, że przystępujący zrealizował dostawę na rzecz pana T. P. . Z oświadczenia z dnia 25 czerwca 2019 r. wynikało natomiast, że dostawy te zostały nabyte celem dalszej odsprzedaży na rzecz podmiotów prywatnych spoza Polski. W tej sytuacji informacja o odsprzedaży spornych towarów nie musiała znajdować odzwierciedlenia w informacjach uzyskanych przez odwołującego w UZP. Organ ten dysponuje jedynie statystykami na temat publicznych kontraktach realizowanych przez publiczne instytucje w Polsce. Zarzut zatem nie znalazł potwierdzenia.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W analizowanej nie stwierdzono żadnego naruszenia przepisów ustawy Pzp, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie odwołanie podlegało oddaleniu w całości. Kosztami postępowania odwoławczego obciążono zatem w całości odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 4 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: