

WYROK

z dnia 23 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 sierpnia 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MGGP Aero Sp. z o.o. z siedzibą w Tamowie, Definity Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Gis Support Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Biebrzański Park Narodowy z siedzibą w Goniądzu

przy udziale wykonawcy: SmallGIS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu:

- 1.1. unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 1.2. uznanie za bezskuteczne zastrzeżenie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji znajdujących się w ofercie wykonawcy SmallGIS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie w zakresie w jakim zastrzegł on: Jednolity Europejski Dokument Zamówienia wykonawcy, Jednolity Europejski Dokument Zamówienia podmiotu udostępniającego zasoby, wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz wykaz osób oraz udostępnienie odwołującemu wyżej wymienionych dokumentów;
- 1.3. udostępnienie odwołującemu wyjaśnień złożonych przez wykonawcę SmallGIS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie w przedmiocie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z 19 lipca 2019 r., z wyłączeniem dokumentu stanowiącego załącznik do pisma (zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa);
- 1.4. wezwać wykonawcę SmallGIS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku opisanego w Rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. c tiret pierwsze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
- 1.5. dokonanie powtórnej oceny ofert, z uwzględnieniem wyników powtórzonych czynności, o których mowa powyżej.

2. kosztami postępowania obciążyć zamawiającego, i:

- 2.1. zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MGGP Aero Sp. z o.o. z siedzibą w Tamowie, Definity Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Gis Support Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądzić od zamawiającego Biebrzańskiego Parku Narodowego z siedzibą w Goniądzu na rzecz odwołującego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące

sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania, poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Łomży.

Przewodniczący:

sygn. akt KIO 1546/19

UZASADNIENIE

Biebrzański Park Narodowy z siedzibą w Goniądzu - dalej „zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie i uruchomienie Teledetekcyjnego Systemu Analitycznego”, oznaczenie sprawy: ZP.26.5.2019 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp”. W dniu 9 kwietnia 2019 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 070-165261.

W dniu 8 sierpnia 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MGGP Aero Sp. z o.o. z siedzibą w Tamowie, Definity Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Gis Support Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (dalej „odwołujący”).

Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ustawy Pzp, wniósł odwołanie od następującego zachowania zamawiającego:

1. zaniechania udostępnienia wszystkich dokumentów przedłożonych w toku postępowania przez wykonawcę SmallGIS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej jako „przystępujący lub „SmallGIS”), w tym w szczególności:
 - a. pełnego Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia wykonawcy,
 - b. pełnego Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia podmiotu udostępniającego zasoby (SmallGIS A. Ł.),
 - c. pełnego wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie,
 - d. wykazu osób,
 - e. wyjaśnień wykonawcy w przedmiocie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z 19 lipca 2019 r.
2. zaniechania wykluczenia wykonawcy SmallGIS z postępowania z powodu niewykazania przez niego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ew. zaniechania wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku określonego w punkcie V.1.2 lit. c) tiret pierwsze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - dalej „SIWZ”,
3. wyborze oferty SmallGIS, mimo że to oferta odwołującego jest najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu lub nieuznawanych za odrzucone.

Na skutek ww. zachowania zamawiający dopuścił się naruszenia następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp i art. 96 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie udostępnienia wszystkich dokumentów przedłożonych w toku postępowania przez wykonawcę

SmallGIS, mimo że wykonawca ten nie zastrzegł w sposób skuteczny informacji zawartych w tych dokumentach jako tajemnicy przedsiębiorstwa,

2. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy SmallGIS z postępowania z powodu niewykazania przez niego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ew. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku określonego w punkcie V.1.2 lit. c) tiret pierwsze SIWZ,

3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór oferty wykonawcy SmallGIS i zaniechanie wyboru oferty odwołującego, mimo że to oferta odwołującego jest najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu lub nieuznawanych za odrzucone.

Odwołujący wskazał ponadto, że podniósł zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy

Pzp przez zaniechanie wykluczenia SmallGIS i jako zarzut ewentualny - dotyczący zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp). Taka konstrukcja zarzutów wynika przede wszystkim z tego, że zamawiający, z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy Pzp nie udostępnił do tej pory odwołującemu wszystkich dokumentów w postępowaniu. Co za tym idzie, nie jest jasne dla odwołującego, czy wobec SmallGIS miała zastosowanie procedura uzupełnienia dokumentów.

W związku z powyższymi naruszeniami odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. udostępnienia odwołującemu całości dokumentów przedłożonych w toku postępowania przez wykonawcę SmallGIS, w tym w szczególności:
 - a. pełnego Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia wykonawcy,
 - b. pełnego Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia podmiotu udostępniającego zasoby (SmallGIS A. Ł.),
 - c. pełnego wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie,
 - d. wykazu osób,
 - e. wyjaśnień wykonawcy w przedmiocie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z 19 lipca 2019 r.,
3. wykluczenia wykonawcy SmallGIS z postępowania, ewentualnie nakazanie wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku określonego w punkcie V.1.2 lit. c) tiret pierwsze SIWZ,
4. dokonania powtórnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, z uwzględnieniem wyników powtórzonych czynności, o których mowa powyżej.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

W zakresie w jakim zarzucił naruszenie art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp i art. 96 ust. 3 ustawy Pzp wskazywał, że w trakcie postępowania kilkakrotnie występował do zamawiającego o udostępnienie oferty i pozostałych dokumentów związanych z udziałem SmallGIS w postępowaniu. W dniu 30 maja br. wystąpił o „udostępnienie dokumentacji (protokołu wraz z wszystkimi załącznikami do protokołu, ze szczególnym uwzględnieniem korespondencji kierowanej do wykonawców) złożonej przez firmę SmallGIS z Krakowa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”. Zamawiający odpowiedział w dniu 6 czerwca br., udostępniając wówczas część dokumentacji. Następnie, w dniu 27 czerwca br. wystąpił o „dostanie dokumentacji w sprawie ww. postępowania, która wpłynęła do zamawiającego po 6 czerwca 2019 r. do dnia dzisiejszego od firmy SmallGIS”. Zamawiający odpowiedział w dniu 2 lipca br., także udostępniając część dokumentacji. W dniu 29 lipca br. odwołujący wystąpił o „dostanie dokumentacji w sprawie ww. postępowania, która wpłynęła do Zamawiającego po 2 lipca 2019 r. do dnia dzisiejszego od firmy SmallGIS”. Zamawiający odpowiedział tego samego dnia, jednak nie udostępnił żadnych dokumentów. W tej wiadomości po raz pierwszy zamawiający poinformował o wynikach badania zastrzeżenia przez SmallGIS tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie z treścią odpowiedzi: „Zamawiający informuje, iż dokumenty otrzymane od SmallGIS stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. W dniu 5 sierpnia br. odwołujący, w reakcji na informację o uznaniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za uzasadnione, ponownie skierował do zamawiającego pismo, w którym zwrócił uwagę na uchybienia w tym zakresie. Zamawiający odpowiedział w dniu 7 sierpnia br. i wskazał m.in.: „Zamawiający, aby podjąć właściwą decyzję, zwrócił się do wykonawcy

o złożenie wyjaśnień treści oferty dotyczącej tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wątpliwości wskazanych przez zamawiającego. W dniu 19 lipca 2019 r. zamawiający otrzymał stosowne wyjaśnienia, które utwierdziły zamawiającego w podjęciu decyzji". Potwierdza to, że zamawiający jeszcze w lipcu br. badał zasadność zastrzeżenia tajemnicy przez SmallGIS.

Odwołujący podnosił, że w dokumentach udostępnionych mu w toku postępowania przez zamawiającego brak w szczególności:

- a. pełnego Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia wykonawcy SmallGIS,
- b. pełnego Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia podmiotu udostępniającego zasoby (SmallGIS A. Ł.),
- c. pełnego wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie,
- d. wykazu osób.

Nie mając dostępu do powyższych informacji, odwołujący nie jest w stanie w pełni zweryfikować, czy zamawiający w prawidłowy sposób dokonał oceny spełnienia przez SmallGIS warunków udziału w postępowaniu. W przekazanych odwołującemu dokumentach znajdują się dwa, które - w zamiarze SmallGIS - mają uzasadniać objęcie części dokumentacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Są to pisma z 25 maja br. (dołączone do oferty, jeszcze przed złożeniem jakichkolwiek tzw. dokumentów podmiotowych) oraz 17 czerwca br. (złożone wraz z dokumentami przedkładanymi w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp). O ile w pierwszym dokumencie wskazano, że tajemnicą mają być objęte wykaz usług (w zakresie usługi udostępnionej przez podmiot trzeci) oraz wykaz osób, o tyle w drugim wymieniono także „JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby w części IV lit C 1 b) - usługa potwierdzająca spełnienie warunków udziału oraz referencje". W pozostałym zakresie oba dokumenty są identyczne, dlatego odwołujący odnosi się do nich zbiorczo.

Odnosząc się do tych dokumentów zwracał uwagę, że „wykazanie” przez SmallGIS zająścia przesłanek, które pozwalałyby uznać zastrzeżone informacje za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w przytłaczającej większości sprowadza się do teoretycznych wywodów i cytatów z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Tymczasem powinnością wykonawcy jest uzasadnienie i wykazanie, że informacje spełniają wszystkie ustawowe przesłanki wynikające de lege lata z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czyli udowodnienie zamawiającemu: (i) charakteru informacji oraz wartości gospodarczej informacji, (ii) braku powszechnej znajomości lub łatwej dostępności informacji (jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów) dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji, (iii) podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania informacji w poufności. W tym kontekście przede wszystkim należy wskazać, że wykonawca SmallGIS nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. W przytoczonych pismach padają jedynie ogólne frazy, tymczasem wartość gospodarcza to pewien obiektywny miernik, który może wyrażać się czy to w wycenie określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej, czy to w potencjalnej, ale mierzalnej i realnie grożącej szkodzie w przypadku ujawnienia informacji. Wykonawca SmallGIS nie podejmuje jednak próby wskazania, w czym w niniejszym postępowaniu miałyby się przejawiać wartości gospodarcza zastrzeżonych informacji.

Co się tyczy samych zastrzeżonych informacji, to jego zdaniem należy przede wszystkim wskazać, że nie istnieje domniemanie tajemnicy przedsiębiorstwa ze względu na rodzaj czy charakter informacji; wykonawca każdorazowo ma obowiązek to udowodnić (np. wyroki KIO z 11 stycznia 2016 r., KIO 2786/15; z 9 lipca 2018 r., KIO 1234/18 oraz z 7 marca 2019 r., KIO 298/19). Sam fakt, że zamówienia nie były realizowane dla podmiotów publicznych, nie stanowi o ich poufnym charakterze. Wykonawca w żaden sposób nie wykazuje, że zagrożenia, o których mowa w przytoczonych pismach mają realny charakter. Podobnie twierdzenie wykonawcy SmallGIS, jakoby praktyką było „zbieranie informacji udostępnianych w postępowaniach przetargowych i proponowanie innych warunków współpracy naszym klientom i nakłanianie do skorzystania z usług innych podmiotów” nie zostało poparte chociażby jednym przykładem takiego zdarzenia, które dotknęło lub mogło dotknąć wykonawcę w ramach jego dotychczasowej działalności. To samo dotyczy rzekomego zagrożenia „podkupywaniem” pracowników - wykonawca SmallGIS nawet nie uprawdopodobnił, że w jego przypadku taka obawa jest uzasadniona. Wykonawca powinien wykazać, że takie ryzyko faktycznie występuje. Przykładowo: wyjaśnić, czy w ogóle zetknął się z taką praktyką, jakich klientów czy jakiej liczby osób to dotyczyło, czy wskazany w dokumentach personel oraz jego doświadczenie ma rzeczywiście wyjątkowy charakter i czy istotnie ograniczona na rynku jest liczba osób z doświadczeniem wymaganym przez zamawiającego (np. wyrok KIO z 11 lutego 2019 r., KIO 148/19, wyrok KIO z 24 maja 2019 r., KIO 860/19).

Odwołujący podkreślał, że tajemnicę przedsiębiorstwa może stanowić sama informacja, a nie dokument jako taki. Skoro obawy SmallGIS dotyczą rzekomego podkupienia

pracowników, wystarczającym zabiegiem byłaby anonimizacja imion i nazwisk osób wchodzących w skład zespołu. Warto jednak nadmienić, że SmallGIS nie utrudnia dostępu do informacji na temat swojego zespołu. Przykładowo, spółka prowadzi oficjalny i ogólnodostępny profil w mediach społecznościowych w serwisie LinkedIn, a obserwując go można poznać dane ponad 20 pracowników i współpracowników, w tym osób pełniących role analogiczne do wymaganych w niniejszym postępowaniu (kierownika projektu, programisty, specjalisty ds. teledetekcji).

Także informacja na temat stosowanych przez wykonawcę zabezpieczeń ogranicza się do wymienienia ich za pomocą ogólnych haseł, bez podania chociażby przykładów klauzul umownych lub procedur, podczas gdy wykazanie przesłanek z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wymaga także przedłożenia takich dowodów (np. wyrok KIO z 11 lutego 2019 r., KIO 148/19). Mając z kolei na względzie, że część zastrzeżonych informacji dotyczy podmiotu trzeciego (SmallGIS A. Ł.), wykonawca powinien wykazać, że także ten podmiot podejmuje odpowiednie czynności z wymaganą starannością. W przytoczonych wyżej pismach brak jakichkolwiek wzmianek na ten temat. Istotne jest również, że choć zamawiający powołuje się na dodatkowe wyjaśnienia SmallGIS w przedmiocie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z 19 lipca 2019 r., treść tych wyjaśnień także nie została udostępniona, mimo że było to objęte wnioskiem odwołującego z 29 lipca br. Zaniechanie udostępnienia tego pisma samo w sobie stanowi naruszenie art. 96 ust. 3 ustawy Pzp. Niezależnie od powyższego, nawet jeśli w piśmie tym odwołujący uzupełnił argumentację i przedłożył dodatkowe dowody, to należy uznać, że nastąpiło to po upływie ustawowego terminu. Stosownie do art. 8 ust. 3 ustawy Pzp skutecznego zastrzeżenia tajemnicy, a zatem połączonego z wykazaniem wszystkich jej przesłanek, należy dokonać najpóźniej w chwili upływu terminu składania ofert (ew. chwili złożenia informacji, która ma zostać zastrzeżona, np. wyrok KIO z 5 stycznia 2018 r., KIO 2652/17). Uzupełnianie braków w drodze dodatkowych wyjaśnień jest w obecnym stanie prawnym niedopuszczalne (wyrok KIO z 17 stycznia 2019 r., KIO 2673/18).

Podnosząc naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp cytował treść warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wskazując, że stosownie do punktu V.1.2 lit. c) tiret pierwsze SIWZ (z uwzględnieniem zmian), wykonawca powinien „wykazać, że w okresie 3 lat od daty ogłoszenia niniejszego postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, wykonał co najmniej jeden System IT o podobnym do przedmiotu zamówienia charakterze, tj. system, którego elementem było kompleksowe narzędzie komputerowe (oprogramowanie komputerowe) umożliwiające integrację i automatyczne wielokryterialne analizy przestrzenne z użyciem danych pochodzących z różnych źródeł (np. UAV, satelitarnych danych komercyjnych, danych z programu Copernicus) oraz prezentację wyników w aplikacji internetowej. Łączna wartość realizacji powinna być nie mniejsza niż 450 000 zł brutto”. W jawnej części dokumentacji wykonawca SmallGIS stara się udowodnić spełnienie tego warunku powołując się na wykonanie: (i) Integrated Web-Based Service for Forestry (IWBSF), (ii) TIKKA. Usługi te budzą wątpliwości zarówno jeśli chodzi o zakres, jak i wykazanie przez SmallGIS należytego ich wykonania.

W odniesieniu do żadnej z wymienionych usług wykonawca SmallGIS nie przedłożył typowych dowodów należytego wykonania. Złożył natomiast pismo, z którego wynika, że: beneficjentami projektów są Europejska Agencja Kosmiczna (beneficjent końcowy) - dalej „ESA” oraz Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe (jednostka organizacyjna) w szczególności RDLP w Krakowie, RDLP w Szczecinie oraz RDLP w Białymstoku wraz z jednostkami podległymi. Ponadto w dokumentach tych czytamy, że z uwagi na fakt, że ESA jest beneficjentem końcowym i zarazem instytucją finansującą, nie wystawia ona referencji ani protokołów odbioru oraz, że odbiór prac, a co za tym idzie wypłacanie transz za wykonane etapy projektu odbywa się poprzez akceptację przez ESA złożonych raportów z przeprowadzonych prac a wypłacanie dofinansowania przez ESA równoznaczne jest z odbiorem prac, a więc i należytych ich wykonaniem, zaś raporty stanowiące podstawę do wypłacania dofinansowania stanowią poufną treść, która nie może być udostępniana podmiotom innym niż ESA, do czego zobowiązany jest wykonawca. Powołując się na powyższe okoliczności, wykonawca SmallGIS twierdzi, że nie jest w stanie przedłożyć dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług pochodzących od beneficjenta końcowego, z przyczyn którego jego zdaniem mają obiektywny charakter. Taka argumentacja nie może się ostać, a zamawiający nie powinien być uznać, że SmallGIS wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wynika to z kilku przyczyn. Po pierwsze, okoliczność obiektywna to okoliczność niezależna od wykonawcy. Wykonawca powołuje się jedynie na fakt, że ESA jest beneficjentem końcowym i zarazem instytucją finansującą i tylko z niego wywodzi brak możliwości uzyskania referencji. Trudno jednak znaleźć jakikolwiek związek pomiędzy statusem ESA jako beneficjenta i instytucji finansującej, a rzekomym brakiem możliwości wystawienia przez ten podmiot dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi: czy to referencji, czy innego oświadczenia. Nie wykazano zatem, że wykonawca mógł ograniczyć się do złożenia oświadczenia, czyli skorzystać z wyjątku ustanowionego w §2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. Po drugie, wykonawca SmallGIS sam twierdzi, że wypłacenie dofinansowania jest równoznaczne z odbiorem prac i uznaniem ich za należyte wykonanie. Oznaczałoby to, że istnieje możliwość wykazania należytego wykonania usługi za pomocą dokumentów, których treść nie zależy wyłącznie od wykonawcy. Jednak SmallGIS nie podejmuje nawet próby

wykazania, że doszło do wypłacenia dofinansowania. W odniesieniu do obu projektów (IWBSF i TIKKA) przedłożono „końcowe faktury za wykonane projekty obejmujące ostatnie transze finansowe (płatności były realizowane w transzach)”. Faktura jest jednak tylko dokumentem księgowym pochodzącym od wykonawcy, a nie od zamawiającego i sama w sobie niczego nie potwierdza. Co więcej, przedstawiono wyłącznie faktury opiewające na część wynagrodzenia ujętą w wykazie, co jest o tyle istotne, że nie można na ich podstawie stwierdzić, czy wykonano prace odpowiadające merytorycznie warunkowi udziału w postępowaniu o wartości przekraczającej wymagane przez zamawiającego 450 000,00 zł. Przede wszystkim jednak nie udowodniono, że przedmiotowe faktury zostały opłacone. Po trzecie, na przeszkodzie wykazaniu należytego wykonania usług w zwykły sposób nie może stać fakt, że raporty składane do ESA nie mogą być udostępniane. Raport, jako dokument pochodzący od wykonawcy, nie jest przecież dokumentem, którego przedłożenie byłoby tu wymagane. Wykonawca SmallGIS wspomina jednak wprost o akceptacji raportów przez ESA i w żadnym miejscu nie zastrzega, że oświadczenie w tym przedmiocie ma charakter poufny. Skoro zatem takie oświadczenia są składane, to powinny zostać przedłożone w postępowaniu. Pozwoliłoby to między innymi stwierdzić, czy oświadczenie obejmuje akceptację raportu bez uwag, czy też ESA miała zastrzeżenia do jakości prac SmallGIS. Po czwarte, jeśli uznać, że właściwymi podmiotami do potwierdzenia należytego wykonania usług są lokalni beneficjenci (RDLP Kraków, RDLP Szczecin i RDLP Białystok dla projektu IWBSF, RDLP Kraków i RDLP Szczecin dla projektu TIKKA), to także w tym zakresie dokumentacja jest niekompletna. Przedłożone referencje pochodzą bowiem tylko od RDLP Szczecin, czyli jednego z odpowiednio trzech lub dwóch beneficjentów.

Odwolujący podkreślił także, że z przedłożonych referencji RDLP Szczecin wynika, że projekt IWBSF to „pilotażowy serwis internetowy obejmujący studium przypadków” w dwóch nadleśnictwach, a projekt TIKKA to „projekt demonstracyjny serwisu internetowego” również dla dwóch nadleśnictw. Tymczasem zamawiający oczekiwał wykazania się usługami polegającymi na wdrożeniu podobnym do przedmiotu zamówienia, obejmującym między innymi „kompleksowe narzędzie komputerowe (oprogramowanie komputerowe)”. W ocenie odwołującego, trudno uznać „pilotażowego serwisu” czy „projektu demonstracyjnego” za pełnoprawny system informatyczny, w szczególności obejmujący kompleksowe narzędzie komputerowe. Treść warunku udziału w postępowaniu nie pozostawia wątpliwości co do tego, że należało wykazać się realizacją systemu, a nie jedynie narzędzi o charakterze pilotażowym czy demonstracyjnym. Wskazuje na to także podkreślenie przez zamawiającego, że system, którego wdrożeniem należało się wykazać, ma cechować podobieństwo do systemu będącego przedmiotem zamówienia. Jak z kolei wynika z opisu przedmiotu zamówienia, sam zamawiający rozróżnia „demonstrator Systemu” od Systemu jako takiego (np. tabela w punkcie 17 załącznika nr 1 do SIWZ). Stąd też usługi pod nazwą Integrated Web-Based Service for Forestry (IWBSF) oraz TIKKA nie powinny być uznane za usługi odpowiadające swoim zakresem warunkowi udziału w postępowaniu. Nawet w razie przyjęcia odmiennego wniosku, wykonawca SmallGIS nie wykazał w sposób wymagany przez zamawiającego, że przedmiotowe usługi zostały wykonane należycie, mimo że w swoim piśmie z 17 czerwca br. sam wskazuje na co najmniej trzy możliwości uczynienia tego (faktury VAT wraz z dowodami zapłaty, oświadczenie ESA o akceptacji raportu końcowego, bądź też referencje od beneficjentów końcowych).

Z powyższych powodów uznanie oferty SmallGIS za najkorzystniejszą nie może się ostać. Po pierwsze: odwołującemu z naruszeniem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp i art. 96 ust. 3 ustawy Pzp odmówiono dostępu do informacji, przez co nie może on w pełni zweryfikować poprawności postępowania zamawiającego zarówno w zakresie warunków dotyczących doświadczenia, jak i dysponowania personelem. Po drugie: zamawiający nie powinien był uznawać za należyte wykonane usług wymienionych w „jawnym” wykazie. Powyższe uchybienia mogą zostać naprawione wyłącznie przez unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie tej czynności w sposób prawidłowy, zgodny z przepisami ustawy Pzp.

Zamawiający, w dniu 9 sierpnia 2019 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, przesyłając wykonawcom drogą elektroniczną kopię złożonego odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W dniu 12 sierpnia 2019 r., wykonawca: SmallGIS Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający, działając w oparciu o przepis art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, na posiedzeniu w dniu 21 sierpnia 2019 r., złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, ofertą złożoną przez przystępującego, korespondencją prowadzoną w postępowaniu pomiędzy zamawiającym a przystępującym oraz pomiędzy zamawiającym a odwołującym, po zapoznaniu się z odwołaniem i stanowiskiem procesowym

zamawiającego zawartym w odpowiedzi na odwołanie a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący złożył ofertę w niniejszym postępowaniu i zamierza ubiegać się o zamówienie. Zamawiający, powołując się na przepisy ustawy Pzp, odmówił odwołującemu dostępu do kompletnej dokumentacji złożonej przez wykonawcę SmallGIS, dotyczącej zagadnień kluczowych dla oceny spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu a w rezultacie pozbawił odwołującego prawa weryfikacji informacji zawartych w złożonych dokumentach. Z kolei w wyniku zaniechań zamawiającego, dotyczących oceny spełnienia przez SmallGIS warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji wyboru oferty SmallGIS, odwołujący może ponieść szkodę, która wynika z pozbawienia go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej na płycie CD, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, treści oferty złożonej przez przystępującego wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, korespondencją prowadzoną w postępowaniu pomiędzy zamawiającym a przystępującym w przedmiocie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, oraz pomiędzy zamawiającym a odwołującym w kwestii związanej z udostępnieniem dokumentacji w prowadzonym postępowaniu. Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane w sprawie i złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują częściowo oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje w części na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp i art. 96 ust. 3 ustawy Pzp przez nieprawidłową oceną zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa złożonych przez przystępującego dokumentów: pełnego JEDZ wykonawcy, pełnego JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby (SmallGIS A. Ł.), pełnego wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, wykazu osób, wyjaśnień wykonawcy w przedmiocie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z 19 lipca 2019 r. i w konsekwencji zaniechanie udostępnienia tych dokumentów odwołującemu.

Na wstępie zauważenia wymaga, że przepis 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, zastrzeżę, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z kolei, po zmianie przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 1010) - dalej „UZNK” definicja tajemnicy przedsiębiorstwa znalazła się w art. 11 ust. 2 UZNK. Zgodnie z tym przepisem 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. Ustawodawca w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przewidział zatem, że wykonawca chcący skorzystać z ochrony informacji stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa, ma obowiązek wykazania spełnienia przez objęte ochroną dane przesłanki wynikających z przepisu art. 11 ust. 2 UZNK a ponadto, że wykazanie to winno nastąpić nie później niż w dniu, w którym złożone zostały w postępowaniu oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w przypadku gdy zastrzeżeniu podlegają inne dokumenty zastrzeżenie takie (wraz z wykazaniem) winno być uczynione nie później niż w dniu, w którym składane są podlegające zastrzeżeniu dokumenty.

Jak ustalił skład orzekający w niniejszej sprawie, przystępujący dokonywał

zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do następujących dokumentów i w następujących terminach: w dniu 25 maja 2019 r. (wraz z ofertą i przed złożeniem dokumentów) w zakresie informacji zawartych w załączniku nr 2 do SIWZ - wykaz usług, w odniesieniu do usługi udostępnionej przez podmiot trzeci, w załączniku nr 5 do SIWZ - wykaz osób; w dniu 18 czerwca 2019 r. (wraz z dokumentami złożonymi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp) w zakresie dokumentów wymienionych powyżej oraz dodatkowo JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby (część IV lit. C 1 b) - usługa potwierdzająca spełnienie warunków wraz z referencją. Ponadto zamawiający, dokonując oceny skuteczności zastrzeżenia powyższych informacji, zwrócił się do wykonawcy SmallGIS, kierując do niego wezwanie do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa w jego ofercie. Jak wynika z treści wezwania zamawiający nabrał wątpliwości w zakresie, w jakim przystępujący zastrzegł przedmiotowe informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zwrócił uwagę, że z treści złożonych przez przystępującego wyjaśnień nie wynikają jakiejkolwiek okoliczności, które uzasadniałyby nieujawnienie tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W podsumowaniu wskazał, że wykonawca nie udowodnił spełnienia wszystkich przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 UZNK a mianowicie nie wykazał, że podjął on działania w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji. W odpowiedzi na wezwanie przystępujący, pismem z dnia 19 lipca 2019 r., złożył wyjaśnienia załączając do nich „fragmenty dokumentów”, określających stosowaną w jego firmie politykę ochrony danych oraz sposób zarządzania systemami informatycznymi oraz oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby.

Jak twierdził na rozprawie zamawiający, co wynika również z treści korespondencji mailowej prowadzonej pomiędzy nim a przystępującym w przedmiocie zastrzeżenia przez przystępującego informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, uznając zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne, kierował się treścią pisma złożonego wraz z dokumentami (datowane na 18 czerwca 2019 r.), dodatkowe wyjaśnienia przystępującego w tym zakresie jedynie rozwiły jego wątpliwości. Należy zauważyć, że przeczy temu twierdzeniu treść wezwania z dnia 16 lipca 2019 r., w którym zamawiający wskazywał wprost, że w jego ocenie nie zostały spełnione wszystkie przesłanki opisane przepisami UZNK. Oceniając prawidłowość czynności zamawiającego, który podejmował w toku postępowania działania w celu badania skuteczności zastrzeżenia, Izba zwraca uwagę, że ocena skuteczności zastrzeżenia informacji odbywa się wraz ze złożeniem dokumentów objętych tym zastrzeżeniem. Tym samym bez znaczenia w niniejszej sprawie pozostaje treść udzielonych przez SmallGIS wyjaśnień i przedstawione przez niego dodatkowe dowody, należy bowiem uznać, że nastąpiło to po upływie ustawowego terminu. Tym samym zamawiający stwierdzając, że na dzień kiedy złożone zostały przedmiotowe dokumenty wykonawca SmallGIS w sposób dostateczny nie wykazał, że zostały one skutecznie zastrzeżone - winien je odtajnić i udostępnić na wniosek odwołującego.

Izba poddała analizie treść zastrzeżeń złożonych przez przystępującego w postępowaniu, datowanych na 25 maja 2019 r. i 17 czerwca 2019 r., które w swojej treści (co do uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa) analogiczne, różniły się zakresem dokonanego zastrzeżenia (pierwsze obejmowało wykaz usług i wykaz osób, w kolejnym ujęto dodatkowo JEDZ dla podmiotu udostępniającego przystępującemu swoje zasoby).

I tak na wstępie Izba zwróciła uwagę na leżący po stronie wykonawcy obowiązek „wykazania”, o którym to mówi przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby treść tej normy nie pozostawia wątpliwości, że obowiązek ten należy rozumieć w ten sposób, że podmiot zastrzegający określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa w odpowiednim momencie postępowania winien, bez wcześniejszego wezwania zamawiającego, udowodnić zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ochrony. W takiej sytuacji prawem, a wręcz obowiązkiem po stronie zamawiającego jest ujawnienie nieskutecznie utajnionych informacji. Innymi słowy, na co wielokrotnie zwracała uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w swoich wyrokach, to nie jakiejkolwiek wyjaśnienia złożone przez wykonawcę stanowią podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz takie, którymi wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek warunkujących skuteczność takiego zastrzeżenia. Zdaniem składu orzekającego pod pojęciem „wykazania”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp, rozumieć należy nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie można w tym upatrywać bezwzględnego obowiązku dowiedzenia zaistnienia każdej z przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 2 UZNK. Tu należy zgodzić się z przystępującym, że nie wszystkie okoliczności można poprzeć stosownymi dowodami. W takich wypadkach zasadniczo wystarczające jest złożenie przez danego wykonawcę oświadczenia, z tym jednak zastrzeżeniem, że zamawiający zawsze ma prawo zweryfikować czy oświadczenie takie jest zgodne z rzeczywistością i czy na przykład informacje zastrzeżone przez dany podmiot nie były już wcześniej ujawnione do publicznej wiadomości. W odniesieniu jednak do informacji zastrzeżonych przez SmallGIS z łatwością można było takie dowody przedstawić (np. w postaci dokumentu polityki bezpieczeństwa informacji, czy też zawartych odpowiednich klauzul w umowach z pracownikami lub kontrahentami wykonawcy).

Izba po analizie treści zastrzeżeń doszła do przekonania, że wykonawca SmallGIS nie wykazał (nie udowodnił), na dzień w którym złożone zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa dokumenty, w postaci: JEDZ wykonawcy, pełnego JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby (SmallGIS A. Ł.), pełnego wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz wykazu osób, że zastrzeżone przez niego informacje posiadają dla niego wartość gospodarczą, co jest wystarczające dla stwierdzenia, że zarzuty odwołania należy uznać za zasadne.

I tak, w zakresie danych zawartych w wykazie osób, uzasadniając zastrzeżenie tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, przystępujący powołał się na fakt, że w obszarze rynku IT GIS, osoby posiadające odpowiednie kwalifikacje zawodowe stanowią podstawowe aktywo firmy. Dalej wywodził, że w tym obszarze działalności istnieje konieczność dysponowania wysoko wykwalifikowaną i wyspecjalizowaną kadrą ekspertów z danej dziedziny i chronienie dostępu do nich oraz informacji o nich przed konkurencją. Wskazywał także, że z punktu widzenia jego firmy, jako wykonawcy te informacje mają kluczowe znaczenie gospodarcze, handlowe oraz organizacyjne i przesądzają niejednokrotnie o sile rynkowej firmy i możliwości ubiegania się o realizację zamówień zarówno u klientów z sektora publicznego jak i prywatnego. Izba uznała, że argumentacja wykonawcy SmallGIS nie jest wiarygodna. Po pierwsze przystępujący nie wspominał w ogóle jakie kontrakty pozyskał dzięki kwalifikacjom osób wymienionych w wykazie, ponadto nie kwestionując co do zasady faktu, że informacje o wykształceniu, kwalifikacjach i doświadczeniu zawodowym personelu wykonawcy mogą posiadać wartość gospodarczą, to zdaniem Izby jednak walor taki przypisać należy informacjom o unikalnym, niespotykanym, bądź niezwykle rzadko spotykanym w danej branży charakterze. Nie sposób uznać, że osoby delegowane do wykonania tego zamówienia posiadają tak specyficzne umiejętności i doświadczenie, że dane zawarte w wykazie osób zasługują na taką ochronę.

Nie przekonał również Izby argument w zakresie w jakim przystępujący podnosił, że podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności informacji zawartych w wykazie osób, objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Samo uzasadnienie zastrzeżenia informacji zawiera jedynie teoretyczne wywody na temat tego, że chroni on między innymi dostęp do informacji o współpracy z poszczególnymi osobami, zasadach tej współpracy, kwalifikacjach poszczególnych członków zespołu - dostęp do nich jest ograniczony i tylko dla niewielkiego kręgu osób, wszystkie te osoby objęte są specjalnymi klauzulami poufności. Podnosił również, że informacje te nie znajdują się na żadnych stronach oficjalnych SmallGIS, dostęp do informacji zabezpieczony jest dedykowanym systemem komputerowym, a osoby upoważnione mają przydzielone stosowane poziomy dostęp do danych. W tym zakresie należy przede wszystkim podkreślić, że same ogólne wywody na temat poufności pewnych informacji oraz istnienia dedykowanego systemu komputerowego, przy braku konkretnych odnoszących się do tych elementów czy to w postaci przedstawienia umów z tymi osobami, z treści których wynikałoby, że takie klauzule są stosowane czy w przypadku systemu o jakie konkretnie dane chodzi i jakie są poziomy dostęp w takich przypadkach - uznać należy za mało konkretne i lakoniczne, zwłaszcza aby dojść do wniosku, że wypełniono przesłankę wynikającą z przepisów, upoważniającą do uznania tych informacji za podlegające ochronie. Co więcej przedstawione przez odwołującego dowody w postaci wydruków ze stron internetowych, prezentujących informacje nt. personelu w serwisie LinkedIn, przeczą tezie, że przystępujący podejmuje realne działania mające na celu zachowanie określonych informacji w poufności. Na stronach LinkedIn konkretne osoby informują, że są obecnie zatrudnione w firmie przystępującego. Wprawdzie na rozprawie przystępujący uzasadniał tą okoliczność tym, że chroni jedynie dane osób, których doświadczenie i umiejętności są kluczowe z punktu widzenia organizacji, a jedynie w odniesieniu do tych osób, których umiejętności są szczególnie cenne podejmuje stosowne działania to jednak po pierwsze okoliczności tych nie podnosił w samym dokumencie pn. uzasadnienie zastrzeżenia, ponadto brak jest w tych wyjaśnieniach konsekwencji. Lektura wykazu osób przewidzianych do realizacji przedmiotowego zamówienia prowadzi bowiem do wniosku, że wymienione zostały w nim między innymi osoby, których profile znajdują się na stronie SmallGIS w serwisie LinkedIn. Skoro zatem część personelu, który dedykowany jest do wykonania przedmiotowej usługi, prezentowany jest w tym serwisie, trudno uznać, że informacje w tym zakresie podlegają ochronie, zostały bowiem ujawnione do wiadomości publicznej. W tym kontekście nie zasługuje na aprobatę również argumentacja SmallGIS, że to dopiero zespół osób dedykowanych do określonego zadania stanowi swoiste know-how wykonawcy, bowiem to zespół specjalistów a nie pojedyncze osoby realizują daną usługę. Izba zauważa, że chociaż tajemnicą przedsiębiorstwa może być również zbiór informacji, które jakkolwiek samodzielnie są powszechnie znane osobom z danej branży, to jednak zebranie ich w określonym zestawieniu może tworzyć nową, wymierną wartość gospodarczą, to jednak w tym konkretnym przypadku nie mamy do czynienia z taką sytuacją. Nie jest bowiem tak, że zastąpienie/ wymiana jednego specjalisty na inną osobę spowoduje, że dane zamówienie nie będzie mogło zostać wykonane. Ponadto, taki określony zbiór informacji uzasadnia objęcie go ochroną jedynie w razie podjęcia przez właściciela stosownych działań w celu zachowania go w tajemnicy. Przystępujący w treści uzasadnienia zastrzeżenia tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa nie wskazywał na takie okoliczności, dowodząc że każda pojedyncza osoba i dane jej dotyczące podlegają stosownej ochronie. Również postawiona przez SmallGIS teza o istnieniu praktyki przejmowania personelu przez konkurencję nie została przez przystępującego w żaden sposób udowodniona, nie przedstawił on żadnych konkretnych przykładów ani też dokumentów, z których wynikałoby, że konkurencja podejmuje takowe

działania w odniesieniu do personelu, który zatrudnia czy którym dysponuje SmallGIS.

Reasumując, Izba oceniła, że zamawiający błędnie uznał skuteczność zastrzeżenia informacji zawartych w wykazie osób złożonym przez przystępującego jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Oceniając z kolei zasadność zastrzeżenia informacji, które znalazły się w wykazie usług, w części zastrzeżonej oraz w JEDZ - podmiotu udostępniającego zasoby w części IV lit. C 1b skład orzekający poddał analizie uzasadnienie dokonane przez przystępującego zastrzeżenia. Odnośnie wykazu zamówień, objętego zastrzeżeniem wykonawca SmallGIS wskazywał, że usługa, której zastrzeżenie dotyczy, nie była realizowana w trybie postępowania o zamówienia publiczne, a tym samym informacje zawarte w wykazie usług nie są nigdzie ujawnione do wiadomości publicznej. Dane kontrahentów i szczegóły kontraktów są znane jedynie określonej grupie pracowników upoważnionych do posiadania tego typu wiedzy, zaś inne podmioty nie mogą się o tym dowiedzieć w „zwykłej drodze”. Uzasadniając wartość gospodarczą informacji przystępujący wskazywał z kolei, że działa on na wyspecjalizowanym rynku IT GIS, gdzie w poszczególnych klasach produktów wykonawcy są przykładowo jedynymi dostawcami, informacje na rzecz jakich podmiotów na rynku są realizowane dostawy, są kluczowe dla przedsiębiorstwa oraz stanowią ogromną wartość gospodarczą. Dowiedzenie się przez inne podmioty konkurencyjne o kontaktach oraz wartościach kontraktów może narazić SmallGIS na znaczne straty, albowiem powszechną praktyką firm jest zbieranie informacji udostępnianych w postępowaniach przetargowych i proponowanie innych warunków współpracy klientom przystępującego i nakłanianie do skorzystania z usług innych podmiotów. Na koniec wywodził, że w przypadku realizowania zamówień w sektorze prywatnym, klienci opatrują zapytania ofertowe klauzulą poufności, celem ochrony swoich interesów. Klauzule takie zawierają jasne wskazania, iż nie ulega ujawnieniu ani oferta ani składana ani ewentualna współpraca. Tak też jest w przypadku firmy, dla której zrealizowano usługę udostępnioną przez podmiot trzeci.

Odnosząc się do powyższej argumentacji przystępującego, skład orzekający zauważa przede wszystkim, że sama w sobie okoliczność, że usługa została wykonana na rzecz podmiotu prywatnego, poza trybem zamówienia publicznego nie oznacza, że fakt wykonania takiego zamówienia stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jak próbował wykazać SmallGIS. Tym samym objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów potwierdzających wykonanie usługi na rzecz podmiotów prywatnych nie może być uznane tylko z tych powodów za tajemnicę przedsiębiorstwa i podlegać ochronie. Fakt ten nie zwalnia zatem wykonawcy z obowiązku wykazania waloru danej informacji, jako stanowiącej taką tajemnicę.

Należy stwierdzić, że w odniesieniu do tych informacji wykonawca również nie sprostął obowiązkowi wykazania, że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności nie wskazał jaką to wartość gospodarczą posiadają dla niego te informacje. Przypomnieć należy, że wartość gospodarczą mają informacje, których rozpowszechnienie może zagrażać konkurencyjnej pozycji wykonawcy w określonym segmencie rynku. Za tajemnicę przedsiębiorstwa należy uznać również wszelkie informacje o wykonawcy, które w toku konkurencji mogą zachwiać pozycją wykonawcy na określonym rynku. Sama okoliczność, że podmioty konkurujące ze sobą na rynku zbierają i analizują informacje na temat realizowanych kontraktów czy ich cen, nie świadczy jeszcze o możliwości zachwiania pozycji rynkowej wykonawcy.

Ponadto Izba, dokonując oceny prawidłowości zastrzeżenia uznała, że w zakresie w jakim zastrzeżił informacje w wykazie usług przystępujący przedstawił jedynie ogólne uzasadnienie bez wskazania dowodów, że zastrzeżone informacje stanowią nie tylko dla niego, ale także dla podmiotu, który świadczył oraz dla którego świadczona była dana usługa tajemnicę przedsiębiorstwa. Wprawdzie w toku wyjaśnień, udzielonych zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca SmallGIS wskazał dodatkowe okoliczności oraz przedłożył, jako załącznik, oświadczenie podmiotu SmallGIS A. Ł., stwierdzić należy, że wyjaśnienia takie oraz załączony dowód są spóźnione, albowiem nie zostały złożone wraz z zastrzeżonym dokumentem.

Z treści złożonego zastrzeżenia nie sposób wywieść wniosku, iż objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa danych w wykazie zamówień, wynika ze zobowiązania przystępującego wobec podmiotu, który udostępnił swój potencjał celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Aby możliwe było zastrzeżenie informacji jak wymieniona w wykazie to nie tylko niezbędne jest wykazanie stosownej umowy w tym zakresie, ale także wykazanie że dla tego podmiotu te informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Reasumując, Izba doszła do przekonania, że zamawiający błędnie uznał skuteczność zastrzeżenia informacji zawartych w wykazie zamówień złożonym przez przystępującego, jak też w JEDZ dla podmiotu, który udostępnił swoje zasoby, jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W zakresie, w jakim zastrzeżone zostały wyjaśnienia wykonawcy SmallGIS (pismo z dnia 19 lipca 2019 r.), złożone w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, Izba uznała, że zaniechanie udostępnienia wyjaśnień stanowi naruszenie art. 96 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazać należy, że zgodnie z tym przepisem 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. Izba, na podstawie dokumentacji postępowania ustaliła, że odwołujący zwrócił się do zamawiającego, drogą mailową w dniu 29 lipca 2019 r., o udostępnienie dokumentacji w zakresie dokumentów złożonych przez wykonawcę SmallGIS po 2 lipca 2019 r. Zamawiający odpowiedział, że dokumenty te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Tymczasem analiza treści złożonych wyjaśnień nie daje podstaw do uznania, że pismo to nie powinno zostać udostępnione wykonawcom biorącym udział w postępowaniu. Przystępujący bowiem jedynie w odniesieniu do załącznika opisującego politykę ochrony danych w swoim przedsiębiorstwie oraz sposób zarządzania systemami informatycznymi zastrzegł, że stanowi on tajemnicę. W uzasadnieniu wskazał, że jest to dokument stanowiący własność firmy i jest dokumentem wewnętrznym. Tym samym zamawiający był zobligowany do udostępnienia odwołującemu treści pisma, która to treść zastrzeżeniem nie została objęta oraz, ewentualnie, po dokonaniu stosownej analizy w zakresie skuteczności zastrzeżenia załącznika do niniejszych wyjaśnień, załącznik ten przekazać lub podjąć decyzję o jego nieodtajnieniu.

Z uwagi na to, że w odwołaniu został sformułowany zarzut polegający na naruszeniu art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp, w odniesieniu do tego pisma, skład orzekający dokonał analizy jego treści i doszedł w tym zakresie do przekonania, po analizie treści dokumentu, stanowiącego załącznik do złożonych wyjaśnień, a także mając na uwadze argumentację przystępującego zawartą w piśmie z 19 lipca 2019 r., że ujawnienie załącznika objętego tajemnicą przedsiębiorstwa mogłoby narazić wykonawcę na ryzyko przekazania danych na temat stosowanych przez SmallGIS zabezpieczeń. Jako dokument wewnętrzny, regulujący pewne zasady i określający postępowanie w niektórych kwestiach, nie powinien podlegać udostępnieniu.

Z powyższych względów Izba nakazała w sentencji udostępnienie treści wyjaśnień przystępującego z 19 lipca 2019 r., z wyłączeniem przedmiotowego załącznika, objętego tajemnicą przedsiębiorstwa.

Następnie Izba rozpoznała łącznie zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz podnoszony przez odwołującego, jako ewentualny, zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i uznała, że pierwszy z zarzutów nie potwierdził się. W tym jednak miejscu Izba wzięła pod uwagę, co podkreślił w swoim odwołaniu wykonawca, że pomimo kierowania wielokrotnie do zamawiającego, drogą mailową, pism z wnioskiem o udostępnienie dokumentów składanych przez SmallGIS w postępowaniu, zamawiający nie udostępniał pełnej dokumentacji. Odwołujący, w dacie składania odwołania, nie posiadał informacji, czy zamawiający kierował do przystępującego wezwanie o uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Z tego też powodu zarzut ten został podniesiony jako ewentualny.

Izba, na podstawie akt sprawy ustaliła, że zamawiający, w odniesieniu do przedmiotowego wykazu nie zastosował wcześniej procedury wezwania do uzupełnienia dokumentów, wynikającej z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zatem przedwczesnym byłoby wykluczenie wykonawcy na obecnym etapie postępowania z tego powodu, że nie spełnił on warunku udziału w postępowaniu, opisanego w punkcie V.1.2 lit. c) tiret pierwsze SIWZ.

Za uzasadniony należało natomiast uznać zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, albowiem pomimo, że w okolicznościach niniejszej sprawy zaistniały przesłanki do skierowania stosownego wezwania do wykonawcy, zamawiający tego zaniechał. Należy bowiem zauważyć, że w wykazie usług, który był jawny dla wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, wykonawca SmallGIS wymienił dwie usługi, które realizował w ramach projektu prowadzonego przez Europejską Agencję Kosmiczną. W przypadku pierwszej z usług wskazał także trzech beneficjentów projektu: Regionalną Dyрекcję Lasów Państwowych Kraków, Regionalną Dyрекcję Lasów Państwowych Szczecin oraz Regionalną Dyрекcję Lasów Państwowych Białystok. Drugi z projektów był natomiast realizowany na rzecz takich jednostek organizacyjnych jak: Regionalna Dyрекcja Lasów Państwowych Kraków oraz Regionalna Dyрекcja Lasów Państwowych Szczecin. Z kolei na potwierdzenie należytego wykonania usług wymienionych powyżej załączył: faktury z 21 listopada 2016 r. i 30 czerwca 2017 r. za wykonane projekty, obejmujące ostatnie transze finansowe oraz pisma od jednego z odbiorców projektów - Regionalnej Dyрекcji Lasów Państwowych w Szczecinie. Dodatkowo wykonawca SmallGIS, w związku z wykazaniem powyższych projektów, złożył dodatkowe wyjaśnienia, w piśmie z 17 czerwca 2019 r. wskazując powody, dla których nie przedłożył listów referencyjnych wystawionych przez beneficjenta końcowego - ESA.

Zauważyć należy, że zamawiający w pkt VII - Forma w jakiej złożone mają być dokumenty, ppkt 6 zapisał, że w zakresie nieuregulowanym w niniejszej SIWZ zastosowanie mają przepisy Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126) - dalej „Rozporządzenie”. Ponadto, opisując w pkt 5 warunki udziału w postępowaniu, ppkt 1.2 lit c) opisał, że na potwierdzenie, że wykonawca zrealizował należycie wykonane usługi, wymaga aby ten złożył stosowne dowody przy czym dowodami mogą być referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego te usługi były wykonywane. Jednocześnie, jeśli z uzasadnionej przyczyny

o obiektywnym charakterze wykonawca nie będzie w stanie uzyskać tych dokumentów, musi złożyć oświadczenie, w którym wskaże te przyczynę. Wobec powyższego uznać należy, że w niniejszym postępowaniu wymagane było, na potwierdzenie należytego wykonania usług wymienionych w wykazie, złożenie referencji bądź innych dokumentów wystawionych przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane (tu na rzecz ESA). Oświadczenie własne wykonawcy mogłoby być uznane za potwierdzające takie należyte wykonanie jedynie w sytuacji, gdy z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie byłby w stanie uzyskać dokumentów wydanych przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane. Tak stanowi § 2 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia. Treść cytowanego przepisu wskazuje, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany jest podjąć starania w celu pozyskania dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia od podmiotu, na rzecz którego było ono realizowane. Dopiero w sytuacji, gdy dokumentu takiego nie będzie w stanie pozyskać, uprawniony jest do złożenia w tym przedmiocie oświadczenia, przy czym brak możliwości pozyskania ww. dokumentu musi wynikać z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze. Z przepisu tego należy również wywieść, że składając zamawiającemu oświadczenie, o którym mowa powyżej, wykonawca powinien wskazać zamawiającemu, że nie był w stanie pozyskać stosownych dokumentów, a zatem, że podjął środki w celu ich pozyskania, ale środki te okazały się nieskuteczne, a także określić przyczynę nie uzyskania takich dokumentów, przy czym przyczyna ta powinna mieć obiektywny charakter.

Tymczasem przystępujący składając wyjaśnienia w tej sprawie z jednej strony twierdzi, że ESA nie wystawia referencji, na rozprawie natomiast przedstawia wystawione przez ESA oświadczenie, z treści którego wynika, że zrealizował na jej rzecz wymienione w wykazie projekty, opisany jest ponadto zakres tych projektów. Podmiot wystawiający rzeczzone zaświadczenie mówi również, że ich wdrożenie zakończyło się sukcesem. W końcu w treści pisma znajdujemy informację, że wykonawca SmallGIS dwukrotnie zwracał się do ESA z prośbą o referencję: w dniach 29 kwietnia 2019 r. i 14 sierpnia 2019 r. i oświadczenie to złożone zostało w odpowiedzi na prośbę SmallGIS. Nie sposób z treści oświadczenia wywieść, jak to próbował czynić przystępujący, że ESA nie wystawia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług. Być może pozyskanie takiego dokumentu jest długotrwałe, ale przystępujący, jako profesjonalista ubiegający się o zamówienie publiczne, zobowiązany był zwrócić się do ESA o wydanie dokumentów z odpowiednim wyprzedzeniem, a co najmniej wykazać zamawiającemu, że starania takie podjął. Treść Rozporządzenia mówi bowiem o niemożności uzyskania dokumentów z uzasadnionej przyczyny. Przyczyna taka powinna zatem zostać zamawiającemu wskazana. Mając to na uwadze, Izba stwierdziła, że wykonawca SmallGIS nie wykazał podstaw do złożenia zamawiającemu oświadczenia własnego w miejsce dokumentów potwierdzających należyty realizację usług wydanych przez podmioty, na rzecz których usługi te były wykonywane. Z powyższych powodów Izba nakazała w sentencji wezwanie wykonawcy SmallGIS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku opisanego w Rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. c tiret pierwsze. Wykonawca ten, na wezwanie zamawiającego, będzie mógł przedstawić dokument potwierdzający należyte wykonanie usług lub też wskazać w treści wykazu inne zamówienia i na potwierdzenie ich należytego wykonania, przedstawić stosowne dokumenty.

Izba nie podzieliła natomiast stanowiska odwołującego, że zrealizowane projekty, wymienione w wykazie są projektami pilotażowymi czy demonstracyjnymi i nie mogą być uznane za potwierdzające spełnienie warunku. W tym zakresie Izba wzięła pod uwagę opinię sporządzoną na zlecenie zamawiającego, podpisaną przez Kierownika Zakładu Fotogrametrii Teledetekcji i Systemów Informacji Przestrzennej Wydziału Geodezji i Kartografii Politechniki Warszawskiej, z której wynika, że w obu projektach opracowane zostały kompletne systemy

IT, które następnie zostały wdrożone jednostkach - Regionalnych Dyrekcjach Lasów Państwowych.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba zwraca uwagę, że bezpodstawnie uznanie zasadności objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa i ich nieudostępnienie innym wykonawcom, uniemożliwia im skuteczne skorzystanie ze środków ochrony prawnej. Realizacja tego uprawnienia może z kolei spowodować zmianę wyniku postępowania. Ponadto, w niniejszej sprawie zamawiający zaniechał wezwania do złożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług wymienionych przez wykonawcę SmallGIS w wykazie usług przyjmując, że wystarczającym w niniejszym przypadku jest złożenie oświadczenia własnego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący: