Sygn. akt: KIO 2310/20

WYROK
z dnia 30 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Małgorzata Matecka

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2020 r. przez wykonawcę TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gliwicach
przy udziale wykonawcy „Ekocentrum – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy „Ekocentrum – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu wskazanego w punkcie 7.2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia na podstawie art. 26 ust. 4 lub 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz uznanie za bezskutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa następujących dokumentów złożonych przez wykonawcę „Ekocentrum – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu: formularza cenowego, doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz wykazu osób wraz z udzielonymi wyjaśnieniami.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, 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 Gliwicach.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2310/20

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gliwicach prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest Nadzór Inwestorski Inżyniera Projektu nad realizacją Projektu pn. „Modernizacja jazów odrzańskich na odcinku w zarządzie RZGW Gliwice, woj. opolskie – etap II" (nr ref. GL.ROZ.2810.30.2020.EB)Wartość ww. zamówienia przekracza kwotę, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 23 kwietnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 080-188837.

I. W dniu 14 września 2020 r. wykonawca TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności i zaniechanie podjęcia czynności przez zamawiającego w ww. postępowaniu, zarzucając zamawiającemu:

1) niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynność zamawiającego polegającą na wyborze oferty wykonawcy „Ekocentrum – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako „wykonawca Ekocentrum") jako oferty najkorzystniejszej,
2) naruszenie art. 8 ust. 1 - 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę Ekocentrum, następujących dokumentów złożonych wraz z ofertą oraz w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp i w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, tj.

   a) formularz cenowy (dokument złożony wraz z ofertą),
   b) doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia (dokument złożony wraz z ofertą),
   c) wykaz osób (dokument składany na wezwanie zamawiającego)
   d) wyjaśnienia wykonawcy Ekocentrum w zakresie wykazu osób udzielone na wezwanie w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp

   pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

3) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Ekocentrum z postępowania

pomimo niewykazania spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu;
4)naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie wezwania wykonawcy Ekocentrum do uzupełnienia wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie (zarzut ewentualny);
5)naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem w/w przepisów ustawy Pzp).

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności oceny ofert;
2)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3)ponowną ocenę ofert;
4)odtajnienie i udostępnienie dokumentów wskazanych w odwołaniu,
5)wykluczenie z postępowania wykonawcy Ekocentrum;
6)odrzucenie oferty wykonawcy Ekocentrum,
7)wezwanie wykonawcy Ekocentrum do uzupełnienia wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie (w przypadku braku wykluczenia wykonawcy Ekocentrum z postępowania i/lub braku odrzucenia oferty);
8)wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Dodatkowe stanowisko w sprawie odwołujący przedstawił w piśmie z dnia 24 września 2020 r.

II. Pismem wniesionym w dniu 27 października 2020 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 16 września 2020 r. wykonawca Ekocentrum zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Stanowisko w sprawie wykonawca Ekocentrum przedstawił w piśmie z dnia 26 października 2020 r.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

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

Izba stwierdziła, że odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.2.2 SIWZ:

W pkt 7.2.2 SIWZ zamawiający przewidział warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenia). W myśl tego punktu wykonawca zobowiązany był wykazać, że wykonał nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedną usługę, której przedmiotem był nadzór nad realizacją robót budowlanych o wartości nadzorowanych robót budowlanych minimum 20 000 000 zł brutto, które zostały zakończone (dla których wydano świadectwo przejęcia/protokół odbioru lub przekazania do eksploatacji) – w dalszej części tego postanowienia SIWZ wskazano przedmiot nadzorowanych robót (tiret pierwsze do trzecie, połączone spójnikiem „lub").

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że:

W żadnym wypadku nie zasługuje na akceptację wykładnia ww. postanowienia przedstawiona przez zamawiającego w toku postępowania odwoławczego. Zgodnie z tą wykładnią wystarczające było wykazanie się przez wykonawcę świadczeniem ww. usługi nadzoru choćby przez jeden dzień, natomiast istotne było aby roboty budowlane zostały zakończone przed dniem składania ofert – świadectwo przejęcia/protokół odbioru lub przekazania do eksploatacji mogły zostać wydane w okresie pełnienia nadzoru przez zupełnie inny podmiot niż wykonawca powołujący się na te usługę w postępowaniu. Przyjęcie takiego rozumienia tego postanowienia SIWZ oznaczałoby, że ustanowiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu nie ma żadnego sensu. Skoro wystarczające miałoby być świadczenie usługi tylko przez jeden dzień, a w konsekwencji wydanie świadectwa przejęcia/protokołu odbioru lub przekazania do eksploatacji mogłoby być oderwane od pełnienia usługi nadzoru przez wykonawcę powołującego się w postępowaniu na tę usługi, to równie dobrze zamawiający mógł w ogóle nie stawiać żadnego warunku, a wręcz – przy takiej wykładni – w ogóle nie powinien takiego warunku stawiać. W ocenie Izby ww. postanowienie SIWZ nie da się rozumieć inaczej niż w ten sposób, że wykonawca może powołać się na usługę nadzoru nad robotami budowlanymi od początku do końca ich wykonywania, a roboty budowlane musiały zostać zakończone przed terminem składania ofert, co zostało potwierdzone wydanym świadectwem przejęcia/protokołem odbioru lub przekazania do eksploatacji. Należy podkreślić, że w sytuacji gdy zamawiający wskazują w ramach opisu warunku udziału w postępowaniu na wymóg posiadania doświadczenia w wykonaniu określonej usługi, to oczywistym jest, że należy rozumieć wykonanie tej usługi od początku do końca. Jeżeli zaś z jakiś powodów w konkretnym postępowaniu zamawiający chce przewidzieć od tej oczywistej zasady wyjątek, to winno to znaleźć odzwierciedlenie w treści tego warunku. Za zbędne należy zatem uznać wskazywanie, że chodzi o wykonanie usługi od początku do końca, natomiast za uzasadnione, celem rozwiania ewentualnych wątpliwości, może okazać się doprecyzowanie, co należy rozumieć za początek bądź zakończenie wykonywania usługi. Natomiast usługa nadzoru nad robotami budowlanymi jest integralnie związana z realizacją tychże robót i wskazane powyżej zasady należy sposób stosować zarówno w odniesieniu do usługi nadzoru jak i nadzorowanych robót. Inaczej rzecz ujmując, oczywiste kwestie nie wymagają dosłownego wskazania w treści warunku, a dotyczy to jedynie przewidzianych w tym zakresie wyjątków, z czego powinni sobie zdawać profesjonaliści, jakimi są wykonawcy biorący udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Mając to na uwadze, w świetle brzmienia ww. warunku, dozwolone jest jednak powołanie się na usługę nadzoru nad robotami budowlanymi, które stanowiły część większej inwestycji, o ile roboty te spełniają warunek co do ich przedmiotu (którykolwiek zawarty w tiret pierwsze do trzecie pkt 7.2.2 SIWZ), wartości oraz faktu ich zakończenia i potwierdzenia tej okoliczności w sposób wskazany w treści warunku (np. protokół odbioru tych robót).

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wystosowane na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca Ekocentrum złożył między innymi wykaz usług zawierający następującą usługę: „Nadzór Inwestorski Inżyniera Projektu związany z realizacją Przedsięwzięcia II pn. „Modernizacja budowli i urządzeń zbiornikowych wraz z budową innych obiektów niezbędnych dla zbiornika" w ramach Projektu pn. „Modernizacja zbiornika wodnego Nysa w zakresie

bezpieczeństwa przeciwpowodziowego – etap I". Wykonawca Ekocentrum wskazał, że nadzór inwestorski obejmował m.in. przebudowę budowli zrzutowej piętrząco – przejazdowej w postaci jazu na zbiorniku wodnym, zlokalizowanego w korpusie zapory czołowej Zbiornika Nysa. Ww. usługa nadzoru została wskazana jako odpowiadająca pod względem przedmiotu nadzorowanej roboty budowlanej – robocie wskazanej w tiret trzecie ww. postanowienia SIWZ. Jako okres wykonywania usługi wskazano: 24.02.2012 – 31.10.2015. Do wykazu usług zostało załączone poświadczenie wystawione przez Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej we Wrocławiu, na rzecz którego ww. usługa została wykonana. W treści poświadczenia zostały wymienione zadania oraz obiekty realizacyjne, które obejmował nadzór inwestorski – w ramach tego wykazu została wskazana m.in. przebudowa budowli zrzutowej. Poniżej stwierdzono między innymi, że usługa została zrealizowana w okresie: 24.02.2012 r. – 31.10.2015 r., a wartość nadzorowanych robót budowlanych na dzień 31.10.2015 r. wyniosła 180 303 390,22 PLN brutto, co stanowiło ok. 81% łącznej wartości kontraktu na roboty budowlane. Ze złożonych przez wykonawcę Ekocentrum oświadczeń (wykaz usług wraz z poświadczeniem) nie wynikało zatem, że w okresie wykonywania przez wykonawcę Ekocentrum usługi nadzoru doszło do zakończenia realizacji robót budowlanych dotyczących przebudowy budowli zrzutowej piętrząco. Treść przedstawionego poświadczenia, tj. informacja w zakresie wartości procentowanej robót zrealizowanych na dzień zakończenia usługi nadzoru, winna wywołać u zamawiającego wątpliwości, które powinny skutkować wezwaniem wykonawcy Ekocentrum do wykazania spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu, poprzez wyjaśnienie lub uzupełnienie dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania tego warunku.

Należy dodać, iż okoliczność spełniania ww. warunku nie została również wykazana dokumentami złożonymi w toku postępowania odwoławczego. Spośród dowodów złożonych przez wykonawcę Ekocentrum najistotniejsze znaczenie należy przypisać dwóm protokołom odbioru wykonanych robót, tj. protokołowi odbioru wykonanych robót nr 46/10/2015/328.20 z dnia 31 października 2015 r. oraz końcowemu protokołowi odbioru wykonanych robót nr 52/12/2016/328.20 z dnia 20 grudnia 2016 r. Ww. dokumenty nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę Ekocentrum warunku udziału w postępowaniu. Po pierwsze, w zakresie podanych tam wartości (w tym zadania nr 2 – na które powoływał się wykonawca Ekocentrum jako odpowiadającego pod względem przedmiotu robotom wskazanym w pkt 7.2.2 tiret trzecie SIWZ) odsyłają do wymienionych w ich treści kosztorysów oraz aneksów do tych kosztorysów i tym samym nie dają wystarczającej wiedzy co do zakresu prac zrealizowanych w okresie pełnienia nadzoru przez wykonawcę Ekocentrum. Po drugie, zarówno z treści ww. protokołu z dnia 20 grudnia 2016 r. jak i protokołu odbioru końcowego przedsięwzięcia z dnia 8 września 2016 r., załączonego przez odwołującego do pisma z dnia 24 września 2020 r., wynika, że ostateczne zakończenie prac w ramach zadania nr 2 miało miejsce po dniu 30 października 2015 r., kiedy to uległa zakończeniu umowa z wykonawcą Ekocentrum.

Należy w tym miejscu podkreślić, że w przypadku gdy okoliczność spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie wynika z dokumentów i oświadczeń złożonych przez wykonawcę w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co stanowi przedmiot zarzutu, to na tego wykonawcę przechodzi w postępowaniu odwoławczym ciężar wykazania, iż spełnia on postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu.

Izba nie uwzględniła wniosków dowodowych wykonawcy Ekocentrum dotyczących dokumentów załączonych przez niego do pisma z dnia 26 października 2020 r. z uwagi na zaniechanie doręczenia odwołującemu odpisów tych dokumentów w terminie umożliwiającym zapoznanie się z ich treścią. Kopia pisma z dnia 26 października 2020 r. wraz z załącznikami została drogą elektroniczną przekazana do Izby oraz zamawiającego w godzinach porannych dnia poprzedzającego dzień rozprawy, natomiast odwołującemu na pół godziny przez wyznaczonym terminem posiedzenia i rozprawy. Rozmiar załączników do pisma był tak duży, że zostały one przesłane w ramach ośmiu wiadomości emailowych. Na okoliczność tę zwrócił uwagę sam pełnomocnik wykonawcy Ekocentrum, informując: „Z uwagi na fakt, że materiał dowodowy jest bardzo obszerny, reszta dowodów zostanie przesłana w ośmiu kolejnych mail'ach." Odwołujący nie miał zatem możliwości zapoznania się z treścią ww. dokumentów, w szczególności że wykonawca Ekocentrum nie dysponował odpisami tych dokumentów na rozprawie, celem przekazania ich odwołującemu.

W związku z poczynionymi ustaleniami w przedmiocie braku wykazania przez wykonawcę Ekocentrum spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.2.2 SIWZ Izba za zasadne uznała zarzuty postawione w tym zakresie w odwołaniu. Wobec faktu, iż w tym zakresie nie zostało dotychczas wystosowane do wykonawcy Ekocentrum wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Izba nakazała zamawiającemu w ramach powtórnej czynności badania i oceny ofert wezwanie tego wykonawcy do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu wskazanego w punkcie 7.2.2 SIWZ na podstawie art. 26 ust. 4 lub 3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa:

Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp 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. Zgodnie z przepisem art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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.

Jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, wyrażoną w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odstępstwo od tej zasady, zgodnie z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp, może mieć miejsce tylko w przypadkach określonych w ustawie (tak np. Izba w wyroku z dnia 20 stycznia 2020 r. KIO 2469/19, z dnia 13 marca 2017 r. KIO 385/17). 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.". Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp to po stronie wykonawcy, zastrzegającego informacje jako tajemnicę gospodarczą, leży ciężar dowodu w zakresie wykazania, że zastrzeżone informacje w istocie spełniają wszystkie elementy konieczne dla jej uznania za tajemnicę przedsiębiorcy w świetle art. 11 ust. 2 uznk (tak np. Izba w wyroku z dnia 30 grudnia 2019 r. KIO 2537/19).

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że to na wykonawcy ciąży obowiązek przekonywującego i terminowego wykazania, że zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreśla się, że „wykazać" oznacza coś więcej niż tylko „wyjaśnić". Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku Izby z dnia 17 grudnia 2019 r. KIO 2440/19 „Użyte przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy Prawo zamówień publicznych sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do „wykazania", że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek „dowiedzenia", że informacje te mają właśnie taki charakter. Podkreślić należy, że jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorących udział w postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznaliby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i - jako takie - byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.".

Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 16 stycznia 2020 r. KIO 2691/19: „Ustawodawca w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inną posiadającą wartość gospodarczą. Zatem przesłanka „lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą" odnosi się nie tylko do informacji „innych", ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Zatem wobec brzmienia art. 8 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych wykonawca zastrzegający pewne informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa zobowiązany jest do wykazania w uzasadnieniu zastrzeżenia również przesłanki „posiadania wartości gospodarczej (…)". Wymaga zauważenia, że pracodawca, który obawia się procederu tzw. podkupywania pracowników, może skorzystać z instrumentów bardziej adekwatnych niż czynienie odstępstw od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. możliwości zawierania z pracownikami umów o zakazie konkurencji czy kształtowania ich wynagrodzeń na odpowiednim poziomie (podobnie Izba w wyroku z dnia 2 października 2019 r. sygn. akt KIO 1791/19, KIO 1807/19).

Kierując się powyższym Izba uznała, że wykonawca Ekocentrum nie dokonał skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Informacje zawarte w przedstawionym uzasadnieniu (pismo z dnia 15 czerwca 2020 r.) są bardzo mało konkretne i nie zostały poparte żadnymi dowodami. Wymaga podkreślenia, że nie jest wystarczające stwierdzenie, że informacje należą do określonej kategorii i już z tego samo faktu należy im przypisać wartość gospodarczą. Posiadanie wartości gospodarczej należy oceniać w odniesieniu do konkretnych informacji i konkretnego wykonawcy. Zatem to wykonawca dokonujący zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa obowiązany jest wykazać, że konkretne informacje stanowią dla niego wartość gospodarczą. Z pewnością nie miało to miejsca w przypadku formularza cenowego, w odniesieniu do którego wykonawca Ekocentrum stwierdził jedynie, iż skoro są to informacje mające zasadnicze przełożenie na sposób kalkulacji ceny oferty, to mają wartość gospodarczą. Nie zostało również przez wykonawcę Ekocentrum wykazane na czym miałaby polegać ta wartość w przypadku pozostałych dokumentów dotyczących doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz wykazu osób (wraz z wyjaśnieniami). Jak wynika z nielicznych fragmentów pisma zawierających wyjaśnienia w tym zakresie, których trzeba się doszukiwać spośród licznych cytatów z orzecznictwa Izby i orzecznictwa sądowego, wykonawca Ekocentrum zdaje się upatrywać wartość gospodarczą ww. informacji w zapobieganiu procederowi tzw. podkupywania pracowników. Należy jednak podkreślić, że w tym celu wykonawcy mogą skorzystać z innych rozwiązań, nieprowadzących do naruszenia zasady jawności postępowania, tj. w szczególności zawierania umów o zakazie konkurencji czy kształtowania wynagrodzeń na odpowiednim poziomie. Chęć utrzymania wysokości wynagrodzeń personelu na niezmienionym poziomie w żadnym wypadku nie może stanowić uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast wskazana przez wykonawcę Ekocentrum praktyka powoływania się przez wykonawców na zasoby osobowe bez zgody a nawet wiedzy samych zainteresowanych wręcz uzasadnia konieczność ujawniania wykazów osób w postępowaniach o udzielenie zamówienia w celu zapobiegania tego rodzaju niedozwolonym procederom.

Przedstawione przez wykonawcę Ekocentrum wyjaśnienia nie tylko są mało konkretne, ale także nie zostały poparte żadnymi dowodami. Jak wynika z przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp i wypracowanego na gruncie tej regulacji orzecznictwa wykonawca obowiązany jest nie tyle do wyjaśnienia, lecz do wykazania, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przyjmuje się, że oznacza to obowiązek poparcia złożonych wyjaśnień odpowiednimi dowodami – co najmniej w takim zakresie, w jakim przedstawienie dowodów nie na nastręcza wykonawcy szczególnych trudności. W szczególności dotyczy to dowodów przedstawianych na potwierdzenie podjęcia działań mających na celu zachowanie informacji w poufności. Wyjaśnienia przedstawione w tym zakresie przez wykonawcę Ekocentrum nie zostały natomiast poparte żadnymi dowodami. Podobną uwagę należy poczynić w odniesieniu do twierdzeń wykonawcy Ekocentrum, że umowy z podmiotami i osobami trzecimi objęte są klauzulą tajności, zgodnie z polityka zarządzania jakością stosowaną przez wykonawcę. Twierdzenia te, niepoparte żadnymi dowodami, pozostały całkowicie gołosłowne.

Podsumowując, należy podkreślić, że zasada jawności należy do jednych z najważniejszych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zaniechanie ujawnienia części informacji zawartych w ofertach wykonawców stanowi wyjątek od tej zasady i może mieć miejsce wyłącznie w przypadku jednoznacznego wykazania przez wykonawcę, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba ustaliła, iż ww. obowiązkowi wykonawca Ekocentrum nie sprostał. Złożone przez niego uzasadnienie, poza licznymi cytatami z

orzecznictwa, zawiera bardzo ogólne twierdzenia, podobne do tych, które może odnaleźć w większości uzasadnień składanych przez wykonawców w postępowaniach, oraz nie zostało poparte żadnymi dowodami. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że nie doszło do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę Ekocentrum i podniesione w tym zakresie zarzuty uznała za zasadne.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: ….……