

WYROK
z dnia 31 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś Członkowie: Jan Kuzawiński
Aleksandra Patyk Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 czerwca 2020 r. przez wykonawcę: Sweco Consulting Sp. z o.o., ul. Franklina Roosevelta 22, 60-829 Poznań

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Sp. z o.o., ul. Słoneczna 46, 10-710 Olsztyn

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu:

- 1.1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokonanego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- 1.2. ujawnienie informacji zastrzeżonych jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przez wykonawców: 1. Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki ENERGOPOMIAR Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, 2. SMCE EUROPE Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku;

2. kosztami postępowania obciążyć zamawiającego: Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Sp. z o.o., ul. Słoneczna 46, 10-710 Olsztyn, i:

- 2.1. zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Sweco Consulting Sp. z o.o., ul. Franklina Roosevelta 22, 60-829 Poznań - tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądzić od zamawiającego: Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Sp. z o.o., ul. Słoneczna 46, 10-710 Olsztyn na rzecz wykonawcy: Sweco Consulting Sp. z o.o., ul. Franklina Roosevelta 22, 60-829 Poznań kwotę 19 360 zł 03 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy trzysta sześćdziesiąt złotych 3 grosze) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

Przewodniczący: Członkowie:.

Uzasadnienie

Zamawiający - Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Inżynier kontraktu podmiotu publicznego wraz z pełnieniem nadzoru nad realizacją budowy instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych wraz z kotłownią szczytową przy ul. Lubelskiej, nr referencyjny: MPEC/PE-EZ/55/20, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 kwietnia 2020 r. pod numerem 2020/S 074-177314.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zamawiający unieważnił w dniu 19 czerwca 2020 r. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący - Sweco Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu - wniósł odwołanie na niżej wymienione czynności i zaniechania Zamawiającego w zakresie wskazanym w części wstępnej oraz w uzasadnieniu odwołania, to jest:

- 1) na dokonaniu przez Zamawiającego błędnej oceny zastrzeżenia informacji objętych klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do zastrzeganych, przez 2-ch konkurujących ze Sweco wykonawców: Energopomiar oraz SMCE Europe, informacji zawartych w ich

ofertach oraz w załączonych do tych ofert odpowiednio dokumentach JEDZ i ich załącznikach, jako stanowiących rzekomo tajemnicę przedsiębiorstwa odpowiednio każdego z tych wykonawców;

2) na podjęciu decyzji o uznaniu za prawidłowo dokonane, zastrzeżenie informacji wskazanych przez wykonawców Energopomiar oraz SMCE Europe w ich ofertach oraz dokumentach JEDZ jako tajemnicy przedsiębiorstwa, pomimo tego, że wykonawcy ci nieprawidłowo zastrzegli i nieprawidłowo wykazali, albo nie wykazali w ogóle, że informacje te stanowią w istocie tajemnicę przedsiębiorstwa każdego z nich, a w konsekwencji powyższego na uznaniu przez Zamawiającego za niejawną i nie podlegającą udostępnieniu, części oświadczeń i informacji przedkładanych przez tych wykonawców w ofertach oraz dokumentach JEDZ, tj.: wykazów osób na potrzeby przyznania punktów w kryterium pozacenowym, wykazów osób na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, zobowiązania podmiotu trzeciego używającego zasoby oraz dokumentu JEDZ tegoż podmiotu, wykazu usług wykonanych przez podmiot trzeci na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak również na uznaniu za niejawną całą treść uzasadnienia dokonania zastrzeżenia zawartego w ofercie SMCE Europa, zgodnie z treścią zawiadomienia skierowanego do Sweco z dnia 16 czerwca 2020 r.; a w konsekwencji powyższego,

3) na nieudostępnieniu Odwołującemu w całości ofert oraz dokumentów JEDZ złożonych przez tych 2-ch ww. wykonawców, pomimo tego, że na zasadach Pzp oferty te oraz wszystkie inne dokumenty złożone wraz z nimi powinny być udostępniane począwszy od dnia ich otwarcia; Odwołujący zarzucił także Zamawiającemu dokonanie czynności:

4) unieważnienia postępowania pomimo braku ziszczenia się przesłanek ustawowych na zasadach Pzp uprawniających Zamawiającego do podjęcia takiej decyzji, zgodnie z treścią zawiadomienia skierowanego do wszystkich wykonawców z dnia 19 czerwca 2020 r.; a dodatkowo z przyczyn tzw. ostrożności procesowej:

5) przedstawienia w zawiadomieniu z dnia 19 czerwca 2020 r. uzasadnienia faktycznego przyczyn i przesłanek dla podjęcia decyzji o konieczności unieważnienia postępowania niezgodnego z zaistniałym stanem faktycznym w tym postępowaniu.

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów Pzp:

1) art. 8 ust. 1 oraz ust. 3 Pzp, w zw. z art. 11 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 ze zm.) oraz w związku z art. 96 ust. 3 Pzp, poprzez niewłaściwą ocenę stanu faktycznego i w konsekwencji nieprawidłowe uznanie całości informacji zastrzeżonych przez wykonawców Energopomiar oraz SMCE Europe znajdujących się w ofertach złożonych Zamawiającemu w dniu 08.06.2020 r. (tj.: wykazów osób na potrzeby przyznania punktów w kryterium pozacenowym, wykazów osób na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu znajdujących się lub dołączonych do oświadczeń JEDZ złożonych wraz z ofertami, zobowiązania podmiotu trzeciego używającego zasoby wykonawcy SMCE Europe oraz dokumentu JEDZ tegoż podmiotu, wykazu usług wykonanych przez podmiot trzeci na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu), jako rzekomo prawidłowo wykazanych przez tych wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa, jak również na uznaniu za niejawną i prawidłowo zastrzeżoną całą treść uzasadnienia dokonania zastrzeżenia zawartą w ofercie SMCE Europa, zgodnie z treścią zawiadomienia z dnia 16 czerwca 2020 r., a w konsekwencji na udostępnieniu Odwołującemu w ww. dniu jedynie części złożonych przez tych 2-ch wykonawców oświadczeń i dokumentów składających się na oferty tychże wykonawców oraz tylko części ich dokumentów JEDZ (wraz z załącznikami) i nieudostępnieniu uzasadnienia dokonania zastrzeżenia znajdującego się w ofercie SMCE Europa, które to uzasadnienie co do zasady powinno być jawne;

2) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i ust. 3 oraz w zw. z art. 179 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie w toku postępowania badań ofert i dokumentów JEDZ oraz wszelkich innych dokumentów złożonych wraz z ofertami przez wykonawców Energopomiar oraz SMCE Europa pod kątem oceny prawidłowości zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, z użyciem w każdym przypadku nieokreślonych standardów oceny zastrzeżenia tajemnicy wyjaśnień, bez wskazania przyczyn, dla których dokonana została ocena pozytywna każdego z zastrzeżeń zawartych w ofertach tychże wykonawców, co świadczy o niezachowaniu zasady przejrzystości prowadzenia postępowania, jak również o utrudnianiu Odwołującemu skorzystania przez niego, w sposób pełny i nieograniczony, z przysługującego mu, na zasadach Pzp, prawa do skorzystania ze środków ochrony prawnej;

3) art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z powodu rzekomego wystąpienia niemożliwej do usunięcia wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

4) art. 93 ust. 3 Pzp poprzez powołanie się w treści decyzji z dnia 19 czerwca 2020 r. o unieważnieniu postępowania na rzekomo zaistniałe w postępowaniu okoliczności faktyczne, które w tymże postępowaniu nie miały miejsca;

a w konsekwencji powyższego zarzucił Zamawiającemu dodatkowo naruszenie:

5) art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17.12.2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1440) w związku z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp oraz art. 96 ust. 3 Pzp, poprzez unieważnienie postępowania z powodu okoliczności nieopisanych w zamkniętym katalogu przesłanek zgodnie z art. 93 ust. 1 Pzp, a dodatkowo narażającej Zamawiającego na zapłatę

wszystkim wykonawcom, którzy złożyli swoje oferty kosztów uczestnictwa w tym postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty.

Odwolujący wskazał, że zakres zaskarżenia obejmuje czynności i zaniechania Zamawiającego, które doprowadziły do nieprawidłowego unieważnienia postępowania oraz do wcześniejszego nieprawidłowego, niezgodnego z zasadą przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców, pozostawienia jako niejawnie i nie podlegające udostępnieniu części ofert 2-ch wykonawców.

Odwolujący wskazał ponadto, że przywołane powyżej przepisy Pzp nie są wyłączone, tj. zakres zaskarżenia oraz zarzuty obejmują wszelkie regulacje ustawy Pzp, które bezpośrednio lub pośrednio wynikają z całości odwołania.

Mając na uwadze przedstawione w części wstępnej czynności i zaniechania Zamawiającego oraz wykazane naruszenia przepisów Pzp, Odwołujący wniósł o:

1)uwzględnienie odwołania w całości;

2)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 19 czerwca 2020 r. o unieważnieniu postępowania;

3)nakazanie Zamawiającemu uchylecia wadliwej decyzji z dnia 16 czerwca 2020 r. o uznaniu za prawidłowo wykazane jako tajemnicą przedsiębiorstwa informacji wskazanych przez wykonawców Energopomiar oraz SMCE Europa w złożonych przez tych wykonawców ofertach złożonych w dniu 8 czerwca 2020 r.;

4)nakazanie Zamawiającemu uznania, że informacje wskazane przez wykonawców: Energopomiar oraz SMCE Europa znajdujące się w ofertach tych wykonawców oraz w przekazanych przez nich dokumentach JEDZ i wszystkich do nich załącznikach złożone w dniu 8 czerwca 2020 r. zostały zastrzeżone w sposób nieprawidłowy o podlegają w całości udostępnieniu jako informacje jawne.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o dopuszczenie do rozpoznania przez KIO dowodów przedstawionych na rozprawie w zakresie okoliczności wskazanych w odwołaniu i zarzutów w nim stawianych.

Odwolujący wskazał, że Zamawiający przekazał mu w dniu 16 czerwca 2020 r. (w odpowiedzi na jego wniosek złożony po otwarciu ofert), oferty złożone w postępowaniu wraz z informacją o tym, że części ofert wykonawców: Energopomiar i SMCE Europa pozostają nieudostępnione, ponieważ wykonawcy ci zastrzeżli i wykazali, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Pismo Zamawiającego o unieważnieniu postępowania zostało przekazane Odwołującemu w dniu 19 czerwca 2020 r.

Odwolujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu środka ochrony prawnej przewidziany w art. 179 ust. 1 Pzp, obszernie uzasadniając wniosek.

Uzasadnienie poszczególnych zarzutów

Opis przebiegu postępowania w układzie chronologicznym

W dniu 29 kwietnia 2020 r. Odwołujący uzyskał dokumenty: Umowa o PPP, Umowa o dofinansowanie. Dysponował kompletną SIWZ ze wszystkimi jej załącznikami jawnymi i poufnymi.

Dowody: korespondencja skierowana do Zamawiającego w dniu 22.04.2020 r. oraz odpowiedź Zamawiającego z dnia 29.04.2020 r. - w aktach postępowania.

W okresie poprzedzającym złożenie oferty Odwołujący zadawał Zamawiającemu szereg zapytań ofertowych, w których prosił o wyjaśnienie treści SIWZ. Na wszystkie zadane przez Odwołującego pytania Zamawiający udzielił odpowiedzi, zarówno na zapytania, które przekazano Zamawiającemu w terminie określonym w treści przepisu art. 38 ust. 1 Pzp, jak i na wszystkie te, które Odwołujący przekazał po upływie terminu wyznaczonego wskazanego w przepisie. Zamawiający przekazał swoje odpowiedzi z zachowaniem terminu, o którym mowa w treści art. 38 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Z analizy udzielonych wszystkich odpowiedzi Odwołujący wywnioskował, że nie był jedynym wykonawcą, który zadawał pytania do treści SIWZ oraz, nie był jedynym wykonawcą, który wystąpił i pozyskał od Zamawiającego dokumenty poufne.

Dowody: korespondencja Zamawiającego ze wszystkimi wykonawcami prowadzona w okresie od dnia 15.04.2020 r. (opublikowanie Ogłoszenia oraz SIWZ) do dnia 08.06.2020 r. (termin składania ofert) - w aktach postępowania.

Odwolujący uznał, że dysponuje pełną wiedzą na temat przyszłych swoich obowiązków jako Inżyniera Kontraktu, może te wszystkie obowiązki zdefiniować i wycenić, a w konsekwencji powyższego złożył w dniu 8 czerwca 2020 r. ofertę. W ocenie Odwołującego oferta ta jest ważna i zgodna zarówno z przepisami Pzp, jak i treścią SIWZ i obejmuje całość zamówienia.

W postępowaniu złożono 5 ofert, z następującymi cenami (ceny w kolejności od najniższej do najwyższej):

1/ 1.838.837,70 PLN - Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki „Energopomiar” sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach („Energopomiar”).

2/ 3.600.517,50 PLN - BBF sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

3/ 3.637878,75 PLN - SMCE Europa sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku („SMCE Europa”).

4/ 4.761.330,00 PLN - Sweco.

5/ 4.915.080,00 PLN - INTER-BIS Biuro Inżynierii Środowiska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, a kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia (budżet Zamawiającego) to 5.535.000,00 PLN brutto.

Cena tylko jednej oferty odbiega rażąco w dół od cen wszystkich pozostałych wykonawców. Natomiast pozostałe 4 oferty mieszczą się w przedziale od 3.600.517,50 PLN do 4.915.080,00 PLN - różnica pomiędzy ceną najniższą a najwyższą to zaledwie 36%, co w kontekście tego segmentu rynku jest zjawiskiem uznawanym za występujące często.

Odwołujący wskazał, że według najlepszej jego wiedzy porównywalne procentowo lub nawet większe różnice cenowe pomiędzy wykonawcami spotyka się na porządku dziennym w każdym postępowaniu na wykonanie zamówień publicznych, tożsamych lub podobnych do przedmiotu zamówienia, czyli na usługi o charakterze intelektualnym.

Dowody: Protokół postępowania zawierający m.in. Informację z otwarcia ofert - w aktach postępowania.

W dniu 9 czerwca 2020 r., następnego dnia po otwarciu ofert, Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o przekazanie mu protokołu postępowania wg aktualnego jego stanu oraz o przekazanie ofert, dokumentów JEDZ oraz dokumentów wadialnych wszystkich 4-ch wykonawców, którzy poza Odwołującym złożyli oferty.

W odpowiedzi na złożony wniosek, Zamawiający w dniu 16 czerwca 2020 r. przekazał wnioskowane dokumenty, wskazując w treści skierowanej odpowiedzi do Odwołującego, cyt.: *(„Szanowni Państwo, w związku z art. 96 ust. 3 Ustawy PZP udostępniamy protokół z postępowania - według stanu na dzień 09.06.2020 r. a także oferty wykonawców według przedłożonego wniosku. Dokumenty udostępniane są zgodnie z formą komunikacji określoną w SIWZ - przez platformę zakupową Zamawiającego. Jednocześnie informujemy, że zgodnie z art. 8 ust. 3 Zamawiający nie ujawnia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż wykonawcy: Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki „ENERGOPOMIAR” sp. z o.o. i SMCE EUROPE Sp. z o.o. zastrzegli, iż nie mogą one być udostępniane i wykazali, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z poważaniem K. R.”.*

Dowody: -wydruk print screen z Platformy z uwidocznionymi datami: złożenia wniosku przez Odwołującego oraz przekazania przez Zamawiającego wnioskowanych dokumentów, z treścią odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego w dniu 16.06.2020 r. - załączono do odwołania; -oferty złożone w dniu 8 czerwca 2020 r. przez wykonawców: Energopomiar oraz SMCE Europe i wszystkie oświadczenia i dokumenty przedłożone wraz z tymi ofertami - w aktach postępowania.

W dniu 19 czerwca 2020 r. Zamawiający przekazał wszystkim wykonawcom pismo „Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania”, w którym jako podstawę prawną unieważnienia wskazał przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, a jako podstawę faktyczną naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp poprzez rzekome niedochowanie cyt.: „*obowiązku dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.*”

Dowód: Pismo Zamawiającego „Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania” z dnia 19.06.2020 r. - w aktach postępowania.

Zarzut bezzasadnego unieważnienia postępowania oraz zarzut powołania się przez Zamawiającego na okoliczności, które nie zaistniały w postępowaniu oraz zarzut naruszenia przepisów ustawy o dyscyplinie finansów publicznych

W postępowaniu wykonawcy, w tym w szczególności Odwołujący, na każdym jego etapie, w szczególności w całym okresie poprzedzającym złożenie oferty, aktywnie przygotowywali się do złożenia oferty, współpracując przy tym z Zamawiającym, poprzez zadawanie wielu pytań do treści SIWZ, a pytania te kierowano do Zamawiającego w różnych czasokresach/terminach, w miarę zapoznawania się z całą dokumentacją przetargową. Zamawiający wg najlepszej wiedzy Odwołującego odpowiadał na wszystkie zadane pytania w sposób wyczerpujący.

Na zasadach dopuszczonych na podstawie art. 37 ust. 6 Pzp Zamawiający mając prawo do zachowania w poufności pewnych informacji/dokumentów stanowiących integralną część SIWZ, wykorzystał tę możliwość i jako poufne i podlegające udostępnieniu zainteresowanym wykonawcom, na zasadach opisanych w treści Rozdziału II pkt 2 SIWZ uznał Umowę o PPP oraz Umowę o dofinansowanie.

Z możliwości pozyskania tych dokumentów skorzystał co najmniej jeden wykonawca z grona 5-ciu wykonawców, którzy złożyli swoje oferty. Tym wykonawcą był Odwołujący, który w dniu 29 kwietnia 2020 r.(czyli na 20 dni przed pierwotnie wyznaczonym terminem składania ofert: 18 maja 2020 r.) był już w posiadaniu tychże dokumentów, mogąc się z nimi zapoznać i dokładnie je przeanalizować pod kątem przyszłych obowiązków Inżyniera Kontraktu.

Z ostrożności Odwołujący wskazał, że w termin składania wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ (a dokumenty poufne były jej integralną częścią), na które Zamawiający miał obowiązek odpowiedzieć, zgodnie z wykładnią przepisu art. 38 ust. 1 Pzp, upływał z dniem 2 maja 2020 r. Gdyby Odwołujący miał jakiegokolwiek wątpliwości co do treści i kompletności całej SIWZ (wraz z dokumentami poufnymi), zdążyłoby złożyć stosowne zapytanie ofertowe, albo skorzystać z przysługującego mu jako wykonawcy zainteresowanego złożeniem oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prawa do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na niedostateczne, niezgodne z zasadami opisanymi w art. 29 ust. 1 Pzp, opisanie przedmiotu zamówienia.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że ostatecznie, wobec przesunięcia terminu składania ofert na dzień 8 czerwca 2020 r., w jego przypadku okres zapoznawania się w dokumentami poufnymi wyniósł aż 41 dni.

Takie możliwości miał każdy wykonawca zainteresowany postępowaniem i złożeniem oferty. Jeżeli zatem teoretycznie któryś z wykonawców nie skorzystał z tej możliwości, albo nie potrafił prawidłowo przeanalizować całej SIWZ wraz z dokumentami poufnymi, fakt ten nie powinien obciążać ani całego postępowania (jako rzekoma wada) ani prawidłowo działającego Odwołującego.

Utrwalone orzecznictwo Krajowej izby Odwoławczej („KIO”), jak również utrwalone stanowisko komentatorów Pzp stanowi, że wykonawcy zainteresowani jakimś postępowaniem, a w szczególności wykonawcy, którzy złożyli swoje oferty w przetargu publicznym, działają w zaufaniu do zamawiającego i w dobrej wierze składają swoje oferty licząc na to, że ewentualne unieważnienie postępowania przez zamawiającego nastąpi li tylko w przypadku nieusuwalnej wady postępowania tkwiącej w nim przed złożeniem ofert i niezwiązanej z treścią złożonych ofert.

Tym należy tłumaczyć ustanowienie przez ustawodawcę zamkniętego, ściśle określonego katalogu przesłanek uprawniających Zamawiającego do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przepis art. 93 ust. 1 Pzp ustanawia 7 przesłanek unieważnienia postępowania enumeratywnie wyszczególnionych i ściśle zdefiniowanych w pkt od 1 do 7. Zamawiający nie ma uprawnienia do samodzielnego kształtowania przesłanej unieważnienia postępowania ani do podawania jako podstawy prawnej innych przesłanek niż te wyartykułowane w przepisie art. 93 ust. 1 Pzp.

Dodatkowo, w sytuacji gdy Zamawiający decyduje się na unieważnienie postępowania z przyczyn leżących po jego stronie i takiego unieważnienia dokonuje już po terminie złożenia ofert, w sytuacji faktycznej, gdy znane są już wszystkim treści złożonych ofert i zaofertowane przez wykonawców ceny, musi zawrzeć w swojej decyzji uzasadnienie faktyczne bardziej szczegółowe, bardziej wyczerpujące, niż gdyby unieważnienia dokonywał na etapie przed wyznaczonym terminem składania ofert. Poprzez bowiem ujawnienie szerokiego ogółu treści, a w szczególności cen złożonych ofert, wykonawcy którzy takie oferty złożyli będą w trudniejszej sytuacji, niż tacy wykonawcy, którzy jakkolwiek zainteresowani byli postępowaniem, w ostateczności nie złożyli swoich ofert. Poprzez bowiem fakt, że ceny konkurentów zostały ujawnione, wykonawcy tacy (tzw.: „nowi wykonawcy”) będą w nowym postępowaniu w uprzywilejowanej sytuacji, mogąc niejako „wpasowywać się” w przewidywane ceny „starych wykonawców”.

Zamawiający w decyzji z dnia 19 czerwca 2020 r. nie tylko, że nie uzasadnił konkretnie na czym polega wada opisu przedmiotu zamówienia, która doprowadziła do podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania z przyczyn opisanych w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, ale wykreował stan rzeczy odmienny niż zaistniały w postępowaniu. Przede wszystkim powołał się w akapicie trzecim na stronie 1-szej pisma z dnia 19.06.2020 r. na własne twierdzenie, że zakres usługi będącej przedmiotem zamówienia jest szerszy niż zwyczajowo usługa Inżyniera Kontraktu („IK”), nie precyzując co rozumie pod pojęciem „usługi IK zwyczajowej”, albo gdzie, w jakim akcie normatywnym, takie pojęcie jest zdefiniowane. Nie wiadomo na jakiej podstawie twierdzi, że cyt.: „okazało się, że (...) opis przedmiotu zamówienia nie spełnia przesłanek jednoznaczności”. Nie popiera Zamawiający tego twierdzenia żadnymi konkretnymi przykładami wzajemnie sprzecznych opisów SIWZ, ani nie powołuje się na żadną opinię niezależnego organu (np. organu kontrolnego), który wydał taką opinię.

Odwołujący oświadczył, że on sam takich wzajemnie sprzecznych opisów nie zauważył.

Następnie na stronie 2-giej w akapicie drugim, zaczynającym się w wierszu szóstym - licząc od górnej części strony, Zamawiający powołał się na szereg dokumentów, które określają obowiązki przyszłego IK, w szczególności na Umowę o PPP oraz na Umowę o dofinansowanie, stwarzając niejako wrażenie, że jakkolwiek były to dokumenty przywołane w treści SIWZ, ale całkowicie niedostępne wykonawcom.

Zamawiający sam ustanowił w treści SIWZ zasady pozyskania przez zainteresowanych wykonawców tychże dokumentów poufnych i takim zainteresowanym wykonawcom (co Odwołujący udowodnił na stronach wcześniejszych odwołania na przykładzie własnym) te dokumenty udostępnił w terminie wystarczającym na zapoznanie się przez wykonawcę z jego treścią i wyodrębnieniem nieopisanych w jawnej części SIWZ przyszłych dodatkowych obowiązków IK.

Nie wiadomo też na jakiej podstawie Zamawiający stwierdził (w akapicie środkowym na stronie 2-giej pisma z dnia 19 czerwca 2020 r.), że właściwe oszacowanie przez usługodawcę (czyli jaka należałoby rozumieć, przez wykonawcę) okazało się znacznie utrudnione, oraz, że cyt.: „Nie ma w związku z tym pewności czy treścią ofert jest objęte wykonanie obowiązków w pełnym zakresie, jaki chciał uzyskać Zamawiający”.

Kierując się zasadą ostrożności procesowej Odwołujący wskazał, że utrudnienie oszacowania wynagrodzenia nie jest tożsame z niemożliwością, a potencjalne wątpliwości Zamawiającego, co do treści i zakresu złożonych ofert rozwiewane są powszechnie przez zamawiających publicznych z wykorzystaniem przepisów i procedur przewidzianych i opisanych w Pzp, a nie poprzez unieważnianie postępowania po terminie złożenia ofert.

Twierdzenia o możliwości (a nie o zero/jedynkowej pewności, że tak się stało) wystąpienia niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia, buduje Zamawiający li tylko na fakcie, że wystąpiła znaczna, rozbieżność pomiędzy ceną oferty najtańszej i oferty najdroższej (ostatni akapit na stronie 2-giej pisma Zamawiającego z 19 czerwca 2020 r.). Rozbieżność ta, wynosząca 3.076.242,30 PLN brutto jest dla niego dowodem, że wszyscy oferenci/wykonawcy (w liczbie 5-ciu, każdy z nich to profesjonalista, działający na rynku

zamówień publicznych od wielu lat, dodatkowo są to wykonawcy znający siebie nawzajem, bo konkurują na co dzień w innych postępowaniach przetargowych) odmiennie zrozumieli zakres przedmiotu zamówienia i na pewno odpowiedzi na zapytania, które udzielił Zamawiający przed złożeniem ofert, nie rozwiązywały ich wątpliwości.

Zdaniem Odwołującego, należało skorygować twierdzenie Zamawiającego i wskazać (co uczynił już Odwołujący na wcześniejszych stronach odwołania), że na 5 złożonych ofert, ceny 4-ch wykonawców są zbliżone do siebie, bo pomiędzy ceną oferty nr 2 w rankingu cenowym, a ceną oferty najdroższej różnica wynosi: 1.314.562,50 PLN (czyli jest prawie dwu i półkrotnie niższa niż różnica pomiędzy cenami ofert nr 1 i nr 5). Procentowo ta różnica pomiędzy ceną drugą a ceną najwyższą wynosi ok. 36%.

Powyższe wskazuje bezsprzecznie na to, że tylko 1 wykonawca (najtańszy) złożył ofertę z ceną mocno odbiegającą od cen pozostałych 4-ech wykonawców.

Trudno, zatem szukać usprawiedliwienia i twierdzić, że na zasadach Pzp trzeba unieważnić postępowanie z powodu możliwej niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia tylko dlatego, że jeden z wykonawców złożył ofertę z ceną odbiegającą mocno w dół (albo w górę) od cen innych wykonawców, w szczególności gdy grono tychże „innych wykonawców” składa się z aż 4-ch wykonawców. Ustawa Pzp przewiduje dla takich przypadków procedurę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, w ramach których to wyjaśnień gdyby okazało się, że oferta nie zawiera wszystkich elementów wymaganych w OPZ - to podlega ona odrzuceniu, a nie jest dokonywane unieważnienie postępowania.

Odwołujący dodatkowo podkreślił, że jakkolwiek wszystkie przesłanki unieważnienia postępowania wynikają wprost z przepisu art. 93 ust. 1 Pzp, to Zamawiający kreując treść SIWZ w rozdziale XXVI na stronie 28-mej przewidział tylko jedną okoliczność unieważnienia postępowania (jak należało rozumieć z przyczyn leżących po jego stronie): tj. sytuację, gdy wystąpią okoliczności powodujące, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć wcześniej.

W ocenie Odwołującego wszystkie okoliczności i fakty wskazują na to, że Zamawiający unieważnił postępowanie z naruszeniem treści przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp bowiem łącznie: a/ nie wykazał konkretnej wady postępowania, b/ nie wykazał istotnego charakteru tej wady jako wpływającej na ważność przyszłej umowy na wykonanie zamówienia publicznego, jak również c/ nie udowodnił, trwałej nieusuwalności wady postępowania i niemożności zastosowania innych procedur opisanych w Pzp, z których można już po otwarciu ofert skorzystać w sytuacji ewentualnego braku pewności Zamawiającego, czy wszyscy wykonawcy prawidłowo „odczytali” zakres przedmiotu zamówienia.

Okoliczności opisane przez Odwołującego wyżej dowodzą również naruszenia przez Zamawiającego treści przepisu art. 93 ust. 3 Pzp. Treść pisma Zamawiającego z dnia 19 czerwca 2020 r. nie tylko nie zawiera konkretnych przyczyn konieczności unieważnienia postępowania, ale wręcz opiera się Zamawiający na własnych, niczym niepotwierdzonych przypuszczeniach o potencjalnie możliwych zachowaniach wykonawców w trakcie przygotowywania przez nich ofert, z pominięciem, co naganne, przywołania faktów, jakie w istocie zaistniały w tym postępowaniu jeśli chodzi o aktywność na etapie przygotowywania ofert, jeśli nie wszystkich, to co najmniej jednego wykonawcy, czyli Odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę zasadny, zdaniem Odwołującego, jest zarzucenie Zamawiającemu również naruszenia art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17.12.2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, w związku z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp oraz art. 96 ust. 3 Pzp.

Zarzut uznania za skuteczne i prawidłowo wykazane zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do informacji zastrzeżonych przez wykonawców Energopomiar oraz SMCE Europe, zarzut niewskazania podstawy faktycznej uznania, iż wykonawcy ci udowodnili, że informacje zastrzeżone stanowią w istocie tajemnicę przedsiębiorstwa oraz zarzut utrudniania skorzystania przez Odwołującego z przysługującego mu środka ochrony prawnej

Zamawiający w dniu 16 czerwca 2020 r. udostępnił Odwołującemu, w odpowiedzi na jego wniosek skierowany następnego dnia po otwarciu ofert, oferty 4-ch wykonawców, t.j.:

1/ Energopomiar, 2/ BBF sp. z o.o., 3/ SMCE Europe, 4/ INTER-BiS Biuro Inżynierii Środowiska sp. z o.o.

Oferty wykonawców numer 2 i 4 są całkowicie jawne, wykonawcy nie zastrzegli w nich żadnych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

W odniesieniu natomiast do oferty wykonawców numer 1 oraz numer 3, t.j.: w odniesieniu do Energopomiar oraz SMCE Europe, przekazując Odwołującemu w dniu 16 czerwca 2020 r. oferty, Zamawiający poinformował go o tym, że, cyt.: „(...) informujemy, że zgodnie z art. 8 ust. 3 Zamawiający nie ujawnia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż wykonawcy: Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki „ENERGOPOMIAR” sp. z o.o. i SMCE EUROPE Sp. z o.o. zastrzegli, iż nie mogą one być udostępniane i wykazali, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Treść informacji przekazanej Odwołującemu, dowodzi tego, że Zamawiający zakończył już w dniu 16.06.2020 r. dokonywanie oceny zasadności i prawidłowości zastrzeżeń informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa odpowiednio każdego z tych

wykonawców, uznając i uzewnętrzniając w ww. dniu swoją decyzję, że obydwaj ci wykonawcy, zdaniem Zamawiającego, prawidłowo, na zasadach Pzp, wykazali, że informacje zastrzegane są tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwolującego nie zgodził się z oceną i decyzją Zamawiającego jako z decyzją nieprawidłową.

Odwolujący wskazał jakie informacje zostały zastrzeżone:

1/ Energopmiar - przedmiotem zastrzeżenia są wszystkie dokumenty oznaczone w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa, w tym w szczególności Informacje o personelu (Wykaz osób) zawarte w oświadczenie JEDZ.

2/ SMCE - Europe przedmiotem zastrzeżenia jest:

2.1/ Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

2.2/ Pełnomocnictwo udzielone przez podmiot trzeci używający zasoby.

2.3/ Zobowiązanie podmiotu trzeciego.

2.4/ JEDZ podmiotu trzeciego.

a skutkiem takiego zakresu dokonywanego zastrzeżenia jest to, że JEDZ wykonawcy SMCE Europe został udostępniony Odwołującemu przez Zamawiającego nie w postaci pliku elektronicznego (choć w takiej formie były składane oferty i wszystkie oświadczenia JEDZ i inne dokumenty - obowiązywała w postępowaniu pełna elektronizacja), ale jako skan wydruku dokumentu JEDZ z zasłoniętymi (zamalowanymi) danymi podmiotu trzeciego i informacjami dotyczącymi doświadczenia tego podmiotu na stronie 16 i 17 dokumentu JEDZ SMCE Europe.

W ocenie Odwołującego, aby prawidłowo i skutecznie wykazać, że zastrzegane informacje są tajemnicą przedsiębiorstwa, tak jak stanowią o tym przepisy Pzp, każdy wykonawca musi: a/ wykazać i udowodnić, że informacje zastrzegane mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub należą do grupy innych informacji posiadających wartość gospodarczą; b/ wykazać i udowodnić, że informacje zastrzegane nie były nigdy wcześniej ujawnione do wiadomości publicznej; c/ wykazać i udowodnić, że wykonawca podjął w stosunku do informacji zastrzeganych niezbędne działania w celu zachowania poufności, w tym również, że i w toczącym się postępowaniu, w którym przedkłada informacje zastrzeżone, dochował wszystkich zasad, jakie ustanowił Zamawiający w SIWZ dla przekazywania informacji niejawnych.

Tak dokonane zastrzeżenie poddawane jest ocenie Zamawiającego i to on swoim autorytetem potwierdza albo neguje prawidłowość dokonywanego zastrzeżenia, z uwzględnieniem co najmniej tych 3-ch ww. elementów, decydując, czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę będą udostępniane innym wykonawcom, czy też nie, pamiętając o zasadzie nadrzędnej obowiązującej w postępowaniach prowadzonych na Pzp: o zasadzie jawności określonej w art. 8 ust. 1 Pzp oraz o tym, że przepis art. 8 ust. 3 Pzp określa wyjątkowe odstępstwa od stosowania tej zasady nadrzędnej.

Zdaniem Odwołującego żaden z dwójga wykonawców wymienionych wyżej nie sprostął ciężącemu na nim obowiązкови wykazania, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a tym samym, że potwierdza się twierdzenie Odwołującego, że decyzja Zamawiającego z dnia 16 czerwca 2020 r. jest decyzją nieprawidłową.

Ad 1 - informacje zastrzeżone przez wykonawcę Energopmiar Zdaniem Odwołującego uzasadnienie to ma charakter ogólnikowy i nie zawiera żadnych dowodów na poparcie twierdzeń tego wykonawcy.

Zastrzegając jako informacje niejawne Informację o personelu (Wykaz osób) wykonawca wskazał na fakt, że informacje te nie mają charakteru publicznego.

Z tak wyrażonym stanowiskiem wykonawcy nie zgodził się Odwołujący - o tym w dalszej części odwołania.

Następnie powołał się wykonawca na zasady poufności obowiązujące w jego firmie oraz na rzekomy dostęp do informacji o osobach tylko dla wąskiego grona pracowników firmy Energopmiar - nie przedłożył na to jednak żadnych dowodów; nie informował ile konkretnie osób pracowało przy przygotowywaniu oferty, nie dołączył albo nie przytoczył fragmentów zobowiązań bądź umów tychże pracowników o obowiązku zachowania poufności.

Dowodem na wdrożenie i stosowanie kompleksowej wewnętrznej procedury zachowania poufności jest informacja o systemie zapewnienia jakości ISO 9001:2009 funkcjonującym w firmie Energopmiar.

Odnosnie posiadania przez zastrzegane informacje konkretnej wartości gospodarczej powołał się na rzekomy proceder „podkupywania” osób dedykowanych do wykonania danego, konkretnego zamówienia i tym uzasadniając konieczność ochrony informacji o tych osobach, ich doświadczeniu, kwalifikacji, rodzajach umów, jakimi związane są te osoby jako współpracownicy z firmą Energopmiar. Nie informował natomiast, jakie wprowadził uregulowania dla ochrony własnej firmy przez rezygnacją współpracowników z dalszej współpracy z firmą Energopmiar. Twierdził, że w przypadku poznania przez konkurujących wykonawców danych osób desygnowanych przez niego do realizacji zamówienia, ci konkurujący w postępowaniu wykonawcy spowodują rezygnację tych osób ze współpracy z Energopmiar. Znamionym jest przy tym, że w tej części uzasadnienia opisującej ww. rzekomy możliwy „proceder” powołał się Energopmiar na złożony wniosek (najprawdopodobniej chodzi o wniosek złożony w przetargu ograniczonym), choć przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego.

W ocenie Odwołującego dowodzi to jednoznacznie tego, że w tym postępowaniu wykonawca Energopomiar nie wykazał, iż informacje o osobach mają wymierną wartość gospodarczą.

Ad 2 - informacje zastrzeżone przez wykonawcę SMCE Europe Odwołujący podniósł, że przedmiotem zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być uzasadnienie dla dokonywanego zastrzeżenia.

To właśnie w treści uzasadnienia następuje tzw. wykazanie, że pewna informacja jest tajemnicą i w tym dokumencie opisuje się te wszystkie przesłanki wymienione przez Odwołującego w pkt od a/ do c/ na stronie poprzedniej. Uzasadnienie to, co do zasady musi być jawne, ponieważ analiza treści tego dokumentu obrazuje wszystkim potencjalnym zainteresowanym daną informacją, czy dany wykonawca w istocie nie nadużywa dobrodziejstwa przepisu art. 8 ust. 3 Pzp, w szczególności w sytuacji gdy zastrzegane informacje dotyczą spełniania przez wykonawcę ustanowionych warunków udziału w postępowaniu, albo służą przyznaniu punktów w kryterium/kryteriach pozacenowych. Zamawiający natomiast w sytuacji zastrzeżenia uzasadnienia jako tajemnicy przedsiębiorstwa winien treść takiego uzasadnienia w całości udostępnić, z ewentualnym „zasłonięciem” informacji wewnętrznych firmy, opisem wewnętrznych autorskich procedur stosowanych w firmie wykonawcy, etc.

W tym miejscu Odwołujący podkreślił, bo niejednokrotnie korzysta sam z dobrodziejstwa ustawy Pzp i zastrzega niektóre informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa, że tak zawsze konstruuje uzasadnienie dla dokonywanego zastrzeżenia, aby było ono w swojej treści całkowicie jawne, a klauzulą tajemnicy obejmuje jedynie wewnętrzne dokumenty i procedury obowiązujące u Odwołującego lub Grupie Sweco AB, do której przynależy.

Nieprzekazanie Odwołującemu uzasadnienia dla dokonanego przez SMCE Europe zastrzeżenia powoduje, że Odwołującemu utrudniono prawidłowe skonstruowanie zarzutów odwołania w tym zakresie. Odwołujący zmuszony jest zatem działać w sposób intuicyjny i uzasadniać zarzuty li tylko poprzez powoływanie się na ogólne zasady, a nie na konkretne niedoskonałości i braki w treści uzasadnienia przedłożonego przez tego wykonawcę. Odnosząc się do zakresu informacji zastrzeżonych przez wykonawców Energopomiar oraz SMCE Europe, Odwołujący podniósł, że co do zasady, z uwagi na przedmiot postępowania i ustanowione przez Zamawiającego warunki brzegowe odnoszące się do posiadanych przez wykonawców zdolności zawodowych (zarówno w odniesieniu do doświadczenia osób, jak i do doświadczenia firmy), tak samo jak informacje o doświadczeniu zawodowym osób na potrzeby przyznania punktów w kryterium pozacenowym, informacje zastrzegane przez tych wykonawców nie mogą mieć atrybutu informacji poufnych.

Bezpomym jest bowiem, że ww. warunki brzegowe w zakresie doświadczenia firmy i doświadczenia osób, jak również informacje o doświadczeniu zawodowym osób na punkty dotyczyć miały i należało wykazać doświadczenie w ciągu ostatnich 10-ciu na inwestycjach obejmujących budowę instalacji termicznego przekształcania odpadów o wartości nie mniejszej niż 300 000 000 PLN brutto.

Wg najlepszej wiedzy Odwołującego inwestycje takie realizowane były przez podmioty publiczne, ze środków publicznych, a więc co do zasady wszystkie informacje o tych realizacjach są informacjami jawnymi. Nie można zatem zdaniem Odwołującego twierdzić, jak czyni to Energopomiar, że informacje o doświadczeniu osób, o tym, w jakich realizacjach i na jakich stanowiska uczestniczyły nie pojawiły się i nie mogą pojawić się w przestrzeni publicznej oraz, że nie mogą być one informacjami publicznymi.

W ocenie Odwołującego tego rodzaju informacje o doświadczeniu osób i firm, w tym firmy podmiotu trzeciego użyczającego swoje zasoby na rzecz wykonawcy SMCE Europe, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeśli dotyczą inwestycji realizowanych przez inwestorów publicznych.

Jeśli zatem wykazywane w tym postępowaniu przez Energopomiar oraz SMCE Europe doświadczenie osób, a dodatkowo w przypadku SMCE Europe doświadczenie firmy podmiotu trzeciego nie było realizowane przez podmioty prywatne i ze środków prywatnych, to wtedy takie informacje muszą podlegać udostępnieniu, po to by inni wykonawcy mogli je na równi z Zamawiającym zweryfikować. Utrzymywanie natomiast tych informacji przez Zamawiającego w tym postępowaniu jako stanowiących rzekomo tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawców: Energopomiar i SMCE Europe doprowadziło do naruszenia przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji oraz zasady przejrzystości prowadzenia postępowania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie, uznając zarzuty za bezzasadne.

Wraz z wnioskiem o wyłączenie jawności rozprawy oraz o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutów związanych z zastrzeżeniem informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, przedstawił merytoryczne stanowisko wobec odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu w świetle podstaw odrzucenia określonych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Termin na wniesienie odwołania w zakresie odmowy ujawnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez dwóch wykonawców, biegł od daty odmowy przez Zamawiającego udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych informacji - 16 czerwca 2020 r., a nie od daty otwarcia ofert - 8 czerwca 2020 r.

Odwołanie zostało rozpoznane na rozprawie wyłącznie z udziałem stron - Odwołujący i Zamawiający (art. 189 ust. 5 Pzp).

Odwolujący wykazał przesłanki legitymacji czynnej do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

I. Przedmiotem zamówienia jest pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu Podmiotu Publicznego oraz nadzór nad realizacją budowy Instalacji Termicznego Przekształcania Odpadów Komunalnych (ITPO) wraz Kociołnią Szczytową i Instalacjami Przyłączeniowymi przy ul. Lubelskiej w Olsztynie (Instalacja) w ramach projektu pn. „Zagospodarowanie frakcji palnej z odpadów komunalnych poprzez termiczne przekształcenie wraz z odzyskiem energii wykorzystywanej dla zapewnienia dostaw ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej w Olsztynie, wraz z zaprojektowaniem i wybudowaniem instalacji Termicznego Przekształcania Odpadów oraz Kociołni Szczytowej a także sfinansowaniem nakładów inwestycyjnych i zarządzaniem infrastrukturą” realizowanego w formule partnerstwa publiczno-prywatnego oraz świadczenie usług doradczych związanych z prowadzeniem spraw i czynności wynikających z zawartej przez Zamawiającego z Narodowym Funduszem Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Warszawie Umowy o dofinansowanie z dnia 07.06.2019 r. Nr P0IS.02.02.00-00-0028/16- 00. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym została zawarta 28 listopada 2019 r. (Umowa o PPP).

W OPZ zaznaczono, że Inżynier Kontraktu nie będzie pełnił nadzoru nad realizacją budowy w rozumieniu nadzoru inwestorskiego.

Umowy: o PPP oraz o dofinansowanie. Zamawiający przekazywał zainteresowanym wykonawcom w sposób zapewniający ochronę danych, w tym tajemnicy przedsiębiorstwa (zaszyfrowane pliki), zgodnie z Załącznikiem nr 11 do SIWZ

W postępowaniu złożono 5 ofert: z cenami - w PLN (termin składania ofert upłynął 8 czerwca 2020 r.):

1)1.838.837,70 - Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki „Energopomiar” Sp. z o.o.,

2)3.600.517,50 - BBF Sp. z o.o.,

3)3.637.878,75 - SMCE Europa Sp. z o.o.,

4)4.761.330,00 - Sweco Consulting Sp. z o.o.,

5)4.915.080,00 - INTER-BIS Biuro Inżynierii Środowiska Sp. z o.o.

Kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia, to 5.535.000,00 PLN brutto.

Po złożeniu ofert Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (pismo z 19 czerwca 2020 r.), wskazując w uzasadnieniu unieważnienia, że w postępowaniu doszło do naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp, tj. obowiązku dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób wynikający z przesłanek określonych w tym przepisie. Stwierdził, że opis przedmiotu nie spełnia podstaw jednoznaczności, wynika to z odwołania się przy określeniu obowiązków Inżyniera Kontraktu, nie tylko do obowiązków zwyczajowo objętych zakresem przedmiotu zamówienia, ale również do szeregu obowiązków Inżyniera Kontraktu wynikających z innych umów, którymi Zamawiający jest związany, tj. Umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym (Umowa o PPP) oraz Umowy o dofinansowanie zawartej z NFOŚiGW. Projekt umowy, która zostanie zawarta po wyborze najkorzystniejszej oferty przewidywał, że w przypadku sprzeczności pomiędzy postanowieniami umów, w zakresie obowiązków i uprawnień Inżyniera Kontraktu, pierwszeństwo będzie miała umowa o PPP. Przewidywał również pierwszeństwo obok Umowy o PPP również Umowy o dofinansowanie. Wskazał też, że udzielał wyjaśnień treści SIWZ w zakresie przedmiotu zamówienia. W dalszej części pisma Zamawiający argumentował, że stanowisko co do niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia potwierdził fakt złożenia ofert z cenami znacznie różniącymi się, pomiędzy ceną oferty najtańszej i najdroższej różnica wynosi 3.076.242,30 zł (okres realizacji trwa 45 miesięcy), różnica miesięcznego wynagrodzenia w takim przypadku wynosi 68.360,94 zł.

Różnice cenowe ofert stanowiły zasadniczą podstawę do przyjęcia przez Zamawiającego poglądu co do przyczyny unieważnienia postępowania.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ustawie Pzp nie wskazano okoliczności odnoszących się wprost do przesłanek niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepisy art. 146 ustawy Pzp, z którymi skorelowane są przepisy z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, wskazują w ust. 1 pkt 1-7 naruszenia przepisów ustawy skutkujące obligatoryjnym unieważnieniem umowy, natomiast w ust. 6 ustawodawca wprowadził uprawnienie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do unieważnienia umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Stosując analogię co do podstaw nieważności postępowania o udzielenie zamówienia i nieważności umowy na realizację zamówienia, wskazanych w obu przywołanych wyżej przepisach, należało przyjąć, że podstawy unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia nie może stanowić spotykana i dopuszczalna w procedurze różnica cen ofert, zwłaszcza w odniesieniu do specyfikacji przedmiotu zamówienia w ocenianym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Umowy o PPP i dofinansowanie były znane wykonawcom zainteresowanym udziałem w postępowaniu. Zamawiający udzielał

wyjaśnień dotyczących treści SIWZ niezależnie od terminów, w których je zadawano. Należy wnioskować, że każdy z wykonawców przygotowujących ofertę uzyskał pełną informację co do przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 29 ust. 1 Pzp, pozwalającą na właściwe oszacowanie ceny oferty. Potencjałem świadczonej usługi jest wkład intelektualny zespołu osób, którym zostanie powierzone wykonanie zamówienia, zatem wkład szacowany w sposób znacznie zróżnicowany.

Różnice w cenach ofert są codziennością w zamówieniach publicznych, podobnie jak szacunek wartości zamówienia dokonywany przez zamawiających. Konkurencja wykonawców w uzyskaniu zamówienia często przejawia się w dopuszczalnym nawet zaniżaniu cen rynkowych, o ile nie prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji. W tym celu ustawodawca uprawniał i jednocześnie zobowiązał zamawiających do przeprowadzenia procedury weryfikującej ceny ofert - art. 90 ust. 1, 1a i następne ustawy Pzp.

Z zestawienia cen ofert wynika, że najniższe cenowo oferty mogą kwalifikować się do badania cen w aspekcie przesłanki rażąco niskiej ceny, co nie oznacza, że wykonawcy przy właściwej ocenie swoich możliwości nie zaoferowali cen realnych, jednak Zamawiający zaniechał wyjaśnienia cen ofert pod kątem rażąco niskiej ceny. W takiej sytuacji ewentualny brak unieważnienia postępowania mogłoby podnieść wykonawcy, którzy czuliby się pokrzywdzeni opisem przedmiotu zamówienia.

Unieważnienie postępowania niweczy zasadniczy cel, jakim jest zawarcie umowy o wykonanie zamówienia publicznego po uprzednio przeprowadzonej weryfikacji podmiotowej wykonawców i przedmiotowej ofert.

Stąd zamknięty katalog obligatoryjnych podstaw unieważnienia postępowania zawarty w art. 93 ust. 1 Pzp.

Materiał dowodowy przedstawiony w sprawie nie uzasadnia słuszności czynności dokonanej przez Zamawiającego. Brak jest bowiem podstaw do uznania za zasadne unieważnienie postępowania skoro, nie została wykazana nieusuwalna wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Izba uwzględniła zarzut Odwołującego naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez unieważnienie postępowania, pomimo braku ziszczenia się przesłanek ustawowych uprawniających Zamawiającego do podjęcia decyzji przedstawionej w zawiadomieniu o

unieważnieniu postępowania z dnia 19 czerwca 2020 r.

Konsekwencją uznania powyższego zarzutu za zasadny jest ziszczenie się przesłanki naruszenia art. 93 ust. 3 Pzp.

II. W zakresie wskazanym w odwołaniu, dwaj wykonawcy zastrzegli informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (TP):

1. Energopomiar - dokumenty oznaczone w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. Informacje o personelu (Wykaz osób) zawarte w oświadczeniu JEDZ;
2. SMCE Europe - uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, pełnomocnictwo udzielone przez podmiot trzeci użyczający zasoby, zobowiązanie podmiotu trzeciego, JEDZ podmiotu trzeciego.

W odpowiedzi na wniosek Odwołującego, Zamawiający pismem z 16 czerwca 2020 r. wskazał, że wykonawcy wykazali zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, stanowisko to podtrzymał na rozprawie.

Oceniając podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uznk) przez niewłaściwą ocenę stanu faktycznego i w konsekwencji nieprawidłowe uznanie całości informacji zastrzeżonych przez wykonawców Energopomiar oraz SMCE Europe: wykazów osób na potrzeby przyznania punktów w kryterium pozacenowym, wykazów osób na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu znajdujących się lub dołączonych do oświadczeń JEDZ złożonych wraz z ofertami, zobowiązania podmiotu trzeciego użyczającego zasoby wykonawcy SMCE Europe oraz dokumentu JEDZ tegoż podmiotu, wykazu usług wykonanych przez podmiot trzeci na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu), jak również na uznaniu za niejawną i prawidłowo zastrzeżoną całą treść uzasadnienia dokonania zastrzeżenia zawartą w ofercie SMCE Europe, a w konsekwencji na udostępnieniu Odwołującemu jedynie części złożonych przez tych 2-ch wykonawców oświadczeń i dokumentów składających się na oferty oraz tylko części ich dokumentów JEDZ (wraz z załącznikami) i nieudostępnieniu uzasadnienia dokonania zastrzeżenia znajdującego się w ofercie SMCE Europa

- Izba miała na uwadze jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 8 ust. 1 Pzp.

Zamawiający został zobowiązany do nieujawniania 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 (art. 8 ust. 3 Pzp).

Zatem, obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę i podjęcie stosownych działań w zależności od wyniku tej oceny.

Izba podziela stanowisko i przyjmuje je za własne, że „sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się

obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku KIO z dnia 2 grudnia 2019 r. sygn. akt: KIO 2284/19 oraz KIO 2288/19, iż użyte w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przez ustawodawcę sformułowanie „wykazania”, nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”. Nie ulega również wątpliwości, iż za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia elementów legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z art. 11 ust. 2 uznk i deklaracja, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki” - wyrażone w wyroku Izby z 31 stycznia 2020 r. sygn. akt: KIO 9/20, KIO 11/20.

Dla skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest wykazać wystąpienie przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, (art. 11 ust. 2 uznk). Informacje mogące stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, to: 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.

Niedopełnienie obowiązku wykonawcy wykazania przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk, obciąża wykonawcę zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa i zwalnia zamawiającego z obowiązku zachowania określonych informacji w poufności.

Wykonawca Energopomiar wskazał w formularzu oferty zastrzeżenie TP: odnośnie do jednego z dwóch oświadczeń w formie JEDZ, w którym zamieścił: informacje dotyczące przedstawicieli wykonawcy, kwotę ubezpieczenia z tytułu ryzyka zawodowego, wykaz wykonanych usług oraz wykaz osób (zespół).

Wykonawca SMCE Europe zastrzegł w formularzu oferty jako TP: pełnomocnictwo, zobowiązanie podmiotu trzeciego, JEDZ podmiotu trzeciego oraz uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniach zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawcy przedstawili następującą argumentację:

Wykonawca Energopomiar wskazując w uzasadnieniu zastrzeżenia TP: -brak charakteru publicznego zastrzeżonych informacji, -stosowanie zasad zachowania poufności, w tym w przygotowaniu ofert, -wdrożenie wewnętrznej procedury zachowania poufności - zgodnej z systemem zapewnienia jakości ISO 9001:2009, -posiadanie ww. certyfikatu jakości, -stosowanie systemu obiegu dokumentów w sposób wynikający z wymogów systemu zarządzania jakością ISO 9001:2009, -deficyt specjalistów posiadających wymagane kwalifikacje i doświadczenie i w tym kontekście wystąpienie możliwości konkurencji podkupienia pracowników - uznał te informacje jako mające wartość gospodarczą, a także wartość organizacyjną (organizacji kadrowego zaplecza).

Wykonawca SMCE Europe (uzasadnienie zastrzeżenia również zastrzeżone jako TP), wskazując w uzasadnieniu: informacje organizacyjne kadrowego zaplecza; informacje dotyczące podmiotów trzecich jako stanowiące informacje o charakterze organizacyjnym oraz posiadającym wartość gospodarczą; doświadczenie zawodowe, potencjał kadrowy oraz informacje dotyczące zdolności finansowej lub ekonomicznej i współpraca z podmiotami trzecimi, przy tym jeszcze zapewnienie licznych środków technicznych oraz organizacyjnych dla zachowania poufności - uznał, że informacje stanowią wartość gospodarczą i organizacyjną przedsiębiorstwa.

W znacznej części uzasadnienia tego wykonawcy zamieszczono cytaty orzeczeń i komentarzy dotyczących TP.

Izba oceniła, że co do zasady, zastrzeżenie TP oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, służących ocenie ofert z zastosowaniem pozacenowego kryterium oceny ofert, odnoszących się do wiedzy, doświadczenia i wykonawcy, osób przewidzianych do realizacji zamówienia, innych podmiotów (trzecich) udostępniających swoje zasoby, nie jest zasadne, gdyż pozbawia konkurujących wykonawców weryfikacji czynności Zamawiającego, skutkiem czego narusza zasady jawności postępowania i uczciwej konkurencji.

Uzasadnienia zastrzeżeń, które miały przekonać Zamawiającego o słuszności dokonanych zastrzeżeń, ilościowo obszerne, jednak o charakterze ogólnikowym, bez żadnych dowodów, nie mogą być akceptowane jako wykazujące łączne spełnienie przesłanek tworzących definicję TP i poparte odpowiednimi dowodami, niezbędnymi do wykazania zasadności zastrzeżenia.

W świetle legalnej definicji przedsiębiorstwa (art. 11 ust. 2 uznk) - przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności

- Izba uznała, że uzasadnienia zastrzeżeń wskazują na opisy czynności mogących mieć charakter cząstkowej organizacji przedsiębiorstwa, jednakże bez szczegółowego przedstawienia tej organizacji wraz z dowodami w celu wykazania zasadności zastrzeżenia, brak jest podstaw by przyjąć, że wykonawcy wykazali wartość gospodarczą informacji.

Odnośnie do nazwisk osób, ich kwalifikacji i doświadczenia, wysokiej specjalizacji i ograniczenia na rynku specjalistów - nie wykazano chociażby próby zanegowania, że zastrzeżone informacje nie są dostępne w różnych miejscach i konfiguracjach w Internecie,

np. na portalach społecznościowych

- zatem należało przyjąć, że wykonawcy nie wykazali przesłanek zastrzeżenia informacji posiadających wartość gospodarczą czy organizacyjną, w sposób wynikający z art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk, a więc, 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.

Powyższe znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie, chociażby w wyroku z 25 października 2019 r., KIO 2033/19 - „podmiot zastrzegający określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa, w odpowiednim momencie postępowania winien, be 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 p.z.p. ochrony”.

Podobnie - „Niektóre działania wymagają jednak przedstawienia stosownych dowodów, np. udowodnić należy spełnienie przesłanki podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji, zwłaszcza w sytuacji, w której wykonawca powołuje się na tę okoliczność w uzasadnieniu decyzji o objęciu informacji tajemnicą przedsiębiorstwa” (wyrok KIO 1471/18 z 7 sierpnia 2018 r.).

Niezasadne jest zastrzeżenie uzasadnienia wykazującego zasadność zastrzeżenia informacji, jak to ma miejsce w rozpoznanej sprawie (wykonawca SMCE Europe), gdyż całkowicie pozbawia wykonawców biorących udział w postępowaniu jakiegokolwiek kontroli czynności Zamawiającego, co do zasadności zastrzeżenia TP przez wykonawcę, tym samym oceny swoich możliwości w konkurencji w prowadzonym postępowaniu. Ma to szczególne znaczenie, gdy zastrzeżone uzasadnienie zastrzega informacje stanowiące przedmiot oceny ofert z zastosowaniem kryteriów oceny.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała zarzut za zasadny i nakazała Zamawiającemu ujawnienie informacji zastrzeżonych jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przez wykonawców: 1. Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki ENERGOPOMIAR Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, 2. SMCE EUROPE Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku.

Zakres ujawnienia jest adekwatny do zakresu zarzutu i dotyczy:

- wykazów osób na potrzeby przyznania punktów w kryterium pozacenowym,
- wykazów osób na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- zobowiązania podmiotu trzeciego używającego zasoby wykonawcy SMCE Europe oraz dokumentu JEDZ tego podmiotu,
- wykazu usług wykonanych przez podmiot trzeci na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- uzasadnienia zastrzeżenia TP w ofercie SMCE Europa.

Naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 jest konsekwencją uznania powyższego zarzutu za zasadny.

Zarzut naruszenia przepisów ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych - stanowi kompetencje innych organów.

Izba uwzględniła odwołanie i na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp nakazała jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis uiszczony przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia oraz zasądziła na rzecz Odwołującego: -wskazaną kwotę 15 000 zł tytułem uiszczonego wpisu (§ 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia), -koszty związane z dojazdem na posiedzenie/rozprawę Izby w kwotach 647,66 zł, 112,37 zł (przejazd samochodem, opłata za przejazd autostradą) i -wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 3 600 zł (§ 3 pkt 2 rozporządzenia) - na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Przewodniczący:

Członkowie: