Sygn. akt: KIO 537/21

WYROK
z dnia 12 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 marca 2021 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **18 lutego 2021 r.** przez wykonawcę **BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k., Al. Jerozolimskie 155 lok. U3, 02-326 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Miejskich, ul. Płowiecka 31, 44-121 Gliwice**

przy udziale wykonawcy **Prokom Construction Sp. z o.o., ul. W. Reymonta 30 lok. 1,41-200 Sosnowiec,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.**umarza postępowania odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących:**
- **1.1.czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,**
- **1.2.zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Prokom Construction Sp. z o.o., ul. W. Reymonta 30 lok. 1, 41-200 Sosnowiec pomimo, iż przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego,**
- **1.3.zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Prokom Construction Sp. z o.o., ul. W. Reymonta 30 lok. 1, 41-200 Sosnowiec pomimo niewykazania spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu,**
- **1.4.zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Prokom Construction Sp. z o.o., ul. W. Reymonta 30 lok. 1, 41-200 Sosnowiec pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca nie złożył odpowiednich wyjaśnień, zaś złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,**
- **1.5.zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Prokom Construction Sp. z o.o., ul. W. Reymonta 30 lok. 1, 41-200 Sosnowiec pomimo, iż oferta ta nie spełnia warunków udziału w zakresie osób,**
- **1.6.zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Prokom Construction Sp. z o.o., ul. W. Reymonta 30 lok. 1, 41-200 Sosnowiec pomimo, iż treść oferty jest sprzeczna z treścią SIWZ,**

2.**uwzględnia odwołania w pozostałym zakresie i nakazuje zamawiającemu udostępnienie odwołującemu w całości informacji zawartych w następujących dokumentach, złożonych zamawiającemu przez Prokom Construction Sp. z o.o., ul. W. Reymonta 30 lok. 1 , 41-200 Sosnowiec:**
- **1.1.oferta wraz z załącznikami,**
- **1.2.pisma z dnia 19 i 26 stycznia 2021 r. wraz z załącznikami,**
- **1.3.pisma z dnia 3 i 4 lutego 2021 r. wraz z załącznikiem „Wykaz osób",**

a także wezwania zamawiającego do Prokom Construction Sp. z o.o., ul. W. Reymonta 30 lok. 1, 41-200 Sosnowiec z dnia 25 stycznia 2021 r. – wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty,

2.kosztami postępowania obciąża **Zarząd Dróg Miejskich, ul. Płowiecka 31, 44-121 Gliwice** i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k., Al. Jerozolimskie 155 lok U3, 02-326 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego,

2.2.zasądza od **Zarządu Dróg Miejskich, ul. Płowiecka 31, 44-121 Gliwice** na rzecz wykonawcy **Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k., Al. Jerozolimskie 155lok U3, 02-326 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejdo Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……

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

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „*Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla zadania pn.: Zachodnia Brama Metropolii Silesia - Centrum Przesiadkowe w Gliwicach - roboty budowlane (część po południowej stronie dworca PKP)*" powadzonego przez Zarząd Dróg Miejskich ul. Płowiecka 31, 44-121 Gliwice (dalej „zamawiający") wykonawca BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.ķ. 02-326 Warszawa Al. Jerozolimskie 155 lok. U3 (dalej „odwołujący") wniósł odwołanie wobec:

1.czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Prokom Construction Sp. z o.o. (dalej „Prokom"),

2.zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Prokom pomimo, iż przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego,

3.zaniechania wykluczenia Prokom z postępowania pomimo niewykazania spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu,

4.zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez Prokom jako niejawnych:

a)Pełnej treści Oferty Prokom z 07.01.2021 r. wraz z załącznikami,

b)Pisma Prokom (data nieznana) wraz z załącznikami (dalej„ I Wyjaśnienia RNC),

c)Pisma zamawiającego z 25.01.2021r. (dalej „II Wezwanie do wyjaśnień RNC),

d)Pisma Prokom (data nieznana) wraz z załącznikami (dalej „II Wyjaśnienia RNC),

e)Pisma Prokom (data nieznana) wraz z załącznikami (dalej „Wykaz osób);

pomimo, że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ponadto informacje te nie zostały skutecznie zastrzeżone.

5.zaniechania udostępnienia odwołującemu pism zamawiającego z 25.01.2021 r. pomimo, że informacje zawarte w tym dokumencie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji i nie zostały skutecznie zastrzeżone,
6. z ostrożności procesowej – zaniechania odrzucenia oferty Prokom pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Prokom nie złożyło odpowiednich wyjaśnień, zaś złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,
7. z ostrożności procesowej – zaniechania odrzucenia oferty Prokom pomimo, iż oferta ta nie spełnia warunków udziału w zakresie osób,
8. zaniechania odrzucenia oferty Prokom pomimo, iż treść oferty jest sprzeczna z treścią SIWZ,
9. prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem w/w przepisów ustawy Pzp).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp"]:

1. art. 91 ust. 1 i 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 i 3, poprzez dokonanie oceny ofert z naruszeniem przepisów ustawy oraz kryteriów oceny ofert i zaniechanie odrzucenia oferty Prokom, pomimo iż treść oferty jest sprzeczna z treścią SIWZ oraz poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 w związku z art. 96 ust. 3 zdanie drugie, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu wskazanych powyżej dokumentów pomimo, że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w *rozumieniu* przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ponadto Prokom nie dokonało skutecznego zastrzeżenia informacji zamieszczonych w tych dokumentach,
3. z ostrożności procesowej – na wypadek nieuwzględnienia zarzutu z pkt 2 – naruszenie art. 91 ust. 1 i 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 i w związku z art. 90 ust. 1-3 w związku z art. 7 ust. 1 i 3, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Prokom, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez Prokom i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
4. z ostrożności procesowej – na wypadek nieuwzględnienia zarzutu z pkt 2 – naruszenie art. 91 ust. 1 i 2 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 7 ust. 1 i 3, poprzez brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnych osób,
5. art. 91 ust. 1 i 2 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 7 ust. 1 i 3, poprzez dokonanie oceny ofert z naruszeniem przepisów ustawy Pzp oraz kryteriów oceny ofert i zaniechanie wykluczenia Prokom z postępowania, pomimo niewykazania spełniania przez Prokom warunku udziału w postępowaniu,
6. art. 7 ust. 1 i 3, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem w/w przepisów ustawy Pzp).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. wykluczenia z postępowania wykonawcy Prokom,
4. odrzucenia oferty Prokom,
5. dokonanie ponownej oceny ofert,
6. wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert poprzedzony wezwaniem do złożenia oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp,
7. odtajnienia i udostępnienia informacji wskazanych w odwołaniu.

W odniesieniu do zarzut zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu dokumentów pomimo, że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ponadto Prokom nie dokonało skutecznego zastrzeżenia informacji zamieszczonych w tych dokumentach odwołujący stanął na stanowisku, że Prokom nie dokonało skutecznego zastrzeżenia informacji zawartych w swoich pismach, tym samym także zamawiający nie mógł skutecznie nie udostępnić odwołującemu części swoich pismo.

Podniósł, że jako tajemnica przedsiębiorstwa mogą być zastrzeżone informacje, a nie dokumenty, jednak zamawiający nie udostępnił całych dokumentów, tj. całość I i II Wyjaśnień RNC, nie udostępniając nawet uzasadnienia zastrzeżenia.

Uznał, że już samo to wskazuje, że Prokom naruszyło zasadę jawności obowiązującą dla postępowań o udzielenie zamówienia publicznego gdyż ustawa Pzp nie dopuszcza w ogóle zastrzeżenia dokumentów jako takich.

Stwierdził, że zamawiający nie przekazał uzasadnienia do objęcia tajemnicą wyjaśnień RNC, tym samym należy uznać, że uzasadnienia dla zastrzeżenia informacji brak.

W ocenie odwołującego zamawiający nie dokonał żadnej analizy skuteczności zastrzeżenia, a jedynie bezkrytycznie przyjął oświadczenie o zastrzeżeniu złożone przez Prokom pomimo, że to na zamawiającym ciąży obowiązek sprawdzenia zasadności i skuteczności zastrzeżenia, a w przypadku, gdy okaże się, że wykonawca nie wykazał łącznego spełnienia się przesłanek ustawowych legalnej definicji przedsiębiorstwa zamawiający jest zobowiązany uznać zastrzeżenia za nieskuteczne i przyjąć, że informacje zawarte w dokumencie stanowią część jawną dokumentacji postępowania.

Wskazał, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa jakichkolwiek informacji jest możliwe jedynie w przypadku wykazania przez wykonawcę, który dokonuje takiego zastrzeżenia, łącznego ziszczenia się przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. wykazania, że dana informacja:

1. ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa lub jest inną informacją, przy czym musi posiadać wartość gospodarczą,
2. nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odnośnie do przesłanki pierwszej wskazał, że przyjmuje się, że informacje techniczne, technologiczne czy organizacyjne muszą mieć wartość gospodarczą dla danego wykonawcy, uzupełniając że w każdym przypadku konieczne jest zarówno wskazanie w uzasadnieniu na konkretne informacje oraz podanie wartości gospodarczej.

Stwierdził, że takich cech żadne z uzasadnień przedstawionych przez Prokom nie ma.

Odnośnie do przesłanki drugiej, tj. nieujawnienia do wiadomości publicznej wskazał, że przyjmuje się, że informacja „nieujawniona do wiadomości publicznej" to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom; badając skuteczność zastrzeżenia należy zanalizować, czy rzeczywiście dane i informacje wskazywane w pismach przez Prokom stanowią informacje nieujawnione, nieznane ogółowi – jeśli poszczególne informacje zawarte w Wyjaśnieniach RNC są jawne np. powołanie się na dane rynkowe, średnie stawki, itp. to Wyjaśnienia RNC w tym zakresie nie mogą zostać skutecznie zastrzeżone.

Odnośnie co przesłanki trzeciej, tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania

poufności zaznaczył, że podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich; Prokom ma obowiązek wykazać, że takie kroki podjęło , a nie jedynie złożyć deklarację, że ta jest.

W ocenie odwołującego dokonane przez Prokom zastrzeżenie jawności było i jest dokonane bez podstawy prawnej i faktycznej i to Prokom ciąży obowiązek wykazania skuteczności i zasadności zastrzeżenia jawności.

Podkreślił, że użyte przez ustawodawcę sformułowanie, w którym akcentuje się obowiązek "wykazania" oznacza coś więcej, aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa, z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie.

Stwierdził, że Prokom złożyło tylko takie ogólne uzasadnienie, bez dowodów i bez konkretów.

Uznał, że Prokom nie sprostało ciężarowi dowodu w zakresie kwestii charakteru zastrzeganych informacji oraz posiadania przez te informacji wartości gospodarczej wobec czego Prokom nie wykazało de facto gospodarczej wartości zastrzeżonych informacji.

Uzupełnił, że za informacje posiadające wartość gospodarczą dla danego wykonawcy można uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby danego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem.

Stwierdził także, że zastrzeżone informacje dotyczą właściwości poszczególnych specjalistów, a nie wykonawcy wobec czego nie mogą w ogóle stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawców.

W odniesieniu do poszczególnych zastrzeżonych dokumentów wskazał dodatkowo, co następuje.

I i II Wyjaśnienia RNC.

Oświadczył, że nie udostępniono mu uzasadnienia i wyjaśnień RNC, uznając na tej podstawie, a contrario, że wszystkie informacje zawarte w I Wyjaśnieniach RNC nie zostały zastrzeżone i powinny zostać mu udostępnione.

Stwierdził, że działanie Prokom w zakresie zastrzegania kolejnych dokumentów ma na celu wyłącznie ograniczenie innym wykonawcom dostępu do swojej oferty. Oświadczył także, że zamawiający nie odtajnił „Formularza cenowego"

W odniesieniu do „sprzeczności z treścią oferty" odwołujący podał, że zamawiający ponownie wezwał Prokom do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazanym w piśmie z 25.01.2021 r., co – wedle odwołującego dowodzi, że wyjaśnienia RNC złożone przez Prokom nie dotyczą rzetelnego szacowania ceny oferty, a są zbiorem przypadkowych oświadczeń, nie mających nic wspólnego ze sposobem szacowania oferty.

W odniesieniu do pisma zamawiającego: II Wezwanie do wyjaśnień RNC podniósł, że zamawiający nie jest uprawniony do zastrzegania jawności swoich własnych pism, co wynika z faktu, że jest podmiotem publicznym i jeśli nawet kieruje do wykonawcy pismo, w którym cytuje jakiś fragment pisma wykonawcy stanowiący jego tajemnicę przedsiębiorstwa, to co najwyżej taki cytat mógłby pozostać utajniony, zaś cała reszta pisma powinna być jawna.

Wskazał, że pomimo tego zamawiający utajnił (co wynika z kontekstu) nie tylko jakiś cytat czy powołanie się na I Wyjaśnienia RNC, ale także swoje pytanie z tym związane, co – wedle odwołującego – jest niedopuszczalne.

Uznał, że pytanie zamawiającego powinno być jawne w każdym przypadku, zaś sam zamawiający ma ewentualnie obowiązek sformułować pytanie do wykonawcy, aby nie ujawniało ono niczyjej tajemnicy przedsiębiorstwa (o ile w ogóle taka tajemnica zaistnieje, co – wedle odwołującego – nie ma miejsca w niniejszym przypadku).

Odwołujący podał, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawca w zakresie personelu zobowiązany był złożyć wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami o treści załącznika nr 9 do SIWZ.

W odniesieniu do udostępnionego mu dokumentu „Tajemnica Przedsiębiorstwa. Informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa. Uzasadnienie zastrzeżenia dla wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia" stwierdził, że analiza tego uzasadnienia wskazuje, że Prokom nie wykazało ziszczenia się ustawowych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa.

Podkreślił, że Prokom w uzasadnieniu nie wykazał spełnienia przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym nie odniósł się do wartości gospodarczej informacji zastrzeganych informacji, pomijając ten niezbędny element albo też nie wykazując w sposób należyty gospodarczej wartości.

Uznał także, że w uzasadnieniu Prokom nie wykazał, aby zastrzegane informacje, w tym wymagane przez postanowienia SIWZ osoby i ich doświadczenie, miały charakter wyjątkowo specjalistyczny, unikalny, usprawiedliwiający przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka pozyskiwania takich osób. Stwierdził, że przedmiotowe wykazy nie zawierają treści unikalnych, czy też specyficznych wyłącznie dla w/w wykonawców, ponieważ ich treść jest determinowana przez treść SIWZ (SIWZ wyraźnie określa, jakie informacje mają się znaleźć w wykazach).

Uzupełnił, że przedmiotowe informacje staną się jawne po podpisaniu umowy wobec czego Prokom zdaje sobie sprawę, że nie będą one niedostępne po zawarciu umowy.

Zdaniem odwołującego zastrzeżenie jawności informacji na etapie badania i oceny ofert, podczas gdy będą one jawne po zawarciu umowy, stanowi oczywiste naruszenie zasady jawności, zaś celem Prokom było wyłącznie uniemożliwienie konkurentom zapoznania się z treścią oferty.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Prokom pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz wobec niewłaściwej oceny wyjaśnień złożonych przez Prokom prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców odwołujący ocenił, że nie jest w stanie podjąć pełnej polemiki z treścią I i II Wyjaśnień RNC wobec nieudostępnienia treści tych dokumentów.

Podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu powstało domniemanie prawne zaistnienia rażąco niskiej ceny w ofercie Prokom, co skutkuje tym, że tak długo, jak nie zostanie ono obalone przez P Prokom oferta Prokom podlega odrzuceniu.

Uzupełnił, że obalenie tego domniemania powinno już w I Wyjaśnieniach RNC obejmować wszystkie elementy wskazane w I wezwaniu, zaś Prokom nie powinien mieć wątpliwości, jakie informacje i dowody jest zobowiązany zawrzeć w I Wyjaśnieniach. Tymczasem – wywodził odwołujący – jak wynika z treści II Wezwania Prokom w zakresie wskazanym w ponownym wezwaniu zamawiającego z 25.01.2021 r. nie złożyło wystarczających wyjaśnień – zamawiający wprost wskazał, że treść złożonych wyjaśnień jest niewystarczająca i zażądał dalszych.

Odwołujący wskazał, że z treści II Wezwania wynika, że Prokom wskazał elementy niezgodne z SIWZ, jednak wobec nieudostępnienia mu treści I Wyjaśnień RNC nie wie na czym ta sprzeczność polega, jednak fakt zaistnienia sprzeczności jest obiektywny i taka sprzeczność potwierdza główną tezę odwołania w tym zakresie – wyjaśnienia złożone przez PROKOM w zakresie ceny są wyjaśnieniami ogólnikowymi, nie odnoszącymi się do rzeczywistości. Stwierdził, że są one stworzone wyłącznie na potrzeby odpowiedzi na I Wezwanie i nie odzwierciedlają procesu przygotowania oferty i szacowania ceny.

W odniesieniu do zarzutu braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnych osób odwołujący

stwierdził, że nie jest w stanie podjąć pełnej polemiki z treścią oferty i wykazem osób wobec nieudostępnienia treści tych dokumentów.
W odniesieniu do zarzutu dokonania oceny ofert z naruszeniem przepisów ustawy i zaniechania wykluczenia Prokom z postępowania, pomimo niewykazania spełniania przez PROKOM warunku udziału w postępowaniu odwołujący podał, że zamawiający w punkcie 8.3 SWIZ wskazał, że wykonawca winien spełniać następujące warunki udziałuw postępowaniu: *„O zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy wykażą, że w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali należycie co najmniej dwie usługi, z których każda polegała na pełnieniu funkcji Inwestora Zastępczego lub Inżyniera Kontraktu/Nadzoru obejmującej prowadzenie w rozumieniu ustawy Prawo budowlane wielobranżowego nadzoru inwestorskiego nad robotami budowlanymi w co najmniej następujących branżach: drogowej, instalacyjnej sanitarnej, instalacyjnej elektrycznej elektroenergetycznej,* teletechnicznej *oraz konstrukcyjno-budowlanej w ramach każdej z usług, o łącznej wartości nadzorowanych robót budowlanych minimum 20.000.000,00 PLN brutto dla każdej z usług”*

Stanął na stanowisku, że z wykazu usług złożonego przez PROKOM nie wynika, iż wskazane doświadczenie spełnia warunki zamawiającego określone w SIWZ.

Podał, że zamawiający 04.02.2021 r. wezwał Prokom na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentu i wyjaśnień.

Podniósł, że ani treść pisma Prokom z 04.02.2021 r., ani przedłożone referencje dotyczące doświadczenia z pozycji 2 w wykazie usług nie potwierdza, iż usługa zarzadzania i nadzoru nad realizacja inwestycji obwodnicy Ćmielowa zawiera w sobie nadzór nad branżą teletechniczną, co oznacza, że Prokom nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu i Prokom nie może też zostać wezwane do uzupełnienia dokumentów, gdyż takie wezwanie zamawiający już do Prokom wystosował.

Odwołujący podał także, że zamawiający w punkcie 8.2 SWIZ wskazał, że wykonawca winien spełniać następujące warunki udziału w postępowaniu: „O *zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową w kwocie nie mniejszej niż 1.300.000,00 zł brutto. Warunek w zakresie sytuacji finansowej dla podmiotów występujących wspólnie będzie oceniany łącznie dla wszystkich podmiotów*"

Dodatkowo podał, że zamawiający w punkcie 10.3) SWIZ wskazał, jaką formą dokumentów należy udowodnić zamawiającemu potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp –*„Informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może złożyć wymaganych przez zamawiającego dokumentów, o których mowa w niniejszym tiret zamawiający dopuszcza złożenie przez wykonawcę innych dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 2c ustawy pzp*”

Podniósł, że przedstawione przez Prokom pismem z 03.02.2021 r. „kartki" dotyczące rzekomego konta w ING nie można uznać za spełnienie warunku, iż respektowana przez zamawiającego jest jedynie informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej.

Podał, że ustawa Prawo bankowe, art. 7 wskazuje na formę dokumentów stanowiących informacje banku, podnosząc że forma dowodów przedstawionych przez PROKOM nie odpowiada art. 7 ustawy Prawo bankowe.

Stwierdził, że nie jest to również dokument bankowy, a jedynie nieautoryzowany wydruk, który nie daje żadnej gwarancji, że dane w nim zawarte nie zostały zmodyfikowane.

Zauważył, że przedstawione przez Prokom „kartki" wskazują na istnieje dwóch stron, a odwołującemu została przedstawiona jedynie pierwsza strona

W odniesieniu do zarzutu prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców odwołujący stwierdził, że biorąc pod uwagę okoliczność, iż zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów wskazanych i wynikających z odwołania, za w pełni uzasadnione należy uznać także twierdzenie o naruszeniu przez niego przepisu art. 7 ust. 1 Pzp.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD) przy piśmie z dnia 3 marca 2021 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, Odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z dnia 12 marca 2021 r., a także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zgodnie z treścią art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019, poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.

Mając na uwadze powyższe, skład orzekający Izby do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosował przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) [dalej „nPzp”], ponieważ zostało ono wszczęte przez wniesienie odwołania w dniu 18 lutego 2021 r., czyli po dniu 31 grudnia 2020 r.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i wyeliminowania z postępowania oferty wybranego wykonawcy – przystępującego konsorcjum Porr, posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 nPzp.

Interes odwołującego polega także na tym, iż potwierdzenie się zarzutów dotyczących zaniechania odtajnienia przez zamawiającego i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez przystępującego, którego została wybrana jako najkorzystniejsza, dokumentów, dawałoby odwołującemu możliwość weryfikacji spełnienia przez przystępującego warunków podmiotowych i przedmiotowych, sformułowania zarzutów w ramach środków ochrony prawnej, a w dalszej konsekwencji – w razie potwierdzenia się tych zarzutów – dawałoby odwołującemu szansę na uzyskanie zamówienia.

Uzupełniająco skład orzekający Izby dla porządku wskazuje, iż interes odwołującego się wykonawcy we wniesieniu odwołania skład orzekający Izby ustala na moment wniesienia tegoż odwołania.

Skład orzekający Izby ustalił także, że do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) [dalej nadal „ustawa Pzp”].

Na posiedzeniu zamawiający złożył Odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył w szczególności, że *„4 marca 2021 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i zadecydował o ponownym badaniu ofert, aczkolwiek z przyczyn całkowicie innych niż podniesione w odwołania*” oraz, że *„poprzez czynność unieważnienia postępowania nie uwzględnił argumentacji Odwołującego zawartej w odwołaniu*” (str. 1).

Odwołujący na posiedzeniu oświadczył, że „*wobec unieważnienia przez Zamawiającego w dniu 4 marca 2021 r. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Przystępującego cofa odwołanie w zakresie zarzutów, według oznaczenia ze strony 1 i 2 odwołania: 1, 2, 3, 6, 7, 8 – wobec odpadnięcia substratu zaskarżenia”*

Ze względu na oświadczenie odwołującego o częściowym cofnięciu odwołania, tj. w zakresie zarzutów 1, 2, 3, 6, 7, i 8 skład orzekający Izby umorzył postepowania w tym zakresie, co znalazło odzwierciedlenie w pkt. 1 sentencji wyroku.

Zarzuty dotyczące:

- zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez Prokom jako niejawnych:

f)Pełnej treści Oferty Prokom z 07.01.2021 r. wraz z załącznikami,
g)Pisma Prokom (data nieznana) wraz z załącznikami (dalej„ I Wyjaśnienia RNC),
h)Pisma zamawiającego z 25.01.2021r. (dalej „II Wezwanie do wyjaśnień RNC),
i)Pisma Prokom (data nieznana) wraz z załącznikami (dalej „II Wyjaśnienia RNC),
j)Pisma Prokom (data nieznana) wraz z załącznikami (dalej „Wykaz osób);

pomimo, że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ponadto informacje te nie zostały skutecznie zastrzeżone, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp,

- zaniechania udostępnienia odwołującemu pisma zamawiającego z 25.01.2021 r. pomimo, że informacje zawarte w tym dokumencie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nie zostały skutecznie zastrzeżone

potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Pismem z dnia 13 stycznia 2021 r. zamawiający, powołując się na przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny ofertowej.

Odpowiadając na wezwanie zamawiającego, przystępujący złożył wyjaśnienia – pismo z 19 stycznia 2021 r., zastrzegając w ostatnim zdaniu, że „*ze względu na przekazane dane personalne, oferty, oraz dokumenty finansowe*” pismo stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 25 stycznia 2021 r. zamawiający, ponownie powołując się na przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał przystępującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny ofertowej, wskazując w pięciu punktach swoje wątpliwości, jakie pojawiły się u zamawiającego po złożeniu przez przystępującego wyjaśnień z dnia 19 stycznia 2021 r.

Odpowiadając na wezwanie zamawiającego, przystępujący złożył dodatkowe wyjaśnienia – pismo z 26 stycznia 2021 r., zastrzegając w ostatnim zdaniu, że „*ze względu na przekazane dane personalne, oferty, oraz dokumenty finansowe*” pismo stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 1 lutego 2021 r. zamawiający, powołując się na przepis art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wezwał przystępującego do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w tym wykazu usług.

Przystępujący złożył wykaz osób (według opracowanego przez zamawiającego wzoru stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ) wraz z pismem z dnia 3 lutego 2021 r., wskazując, że sam wykaz osób, jak i uzasadnienie zastrzeżenia wykazu osób stanowią tajemnice przedsiębiorstwa.

Zamawiający udostępnił odwołującemu, informując o odtajnieniu, pismem z dnia 1 lutego 2021 r.:

- załącznik nr 11 – „*Informacje potwierdzające zasadność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa*”, zgodnie z którym „*Szczegółowa zasadność zastrzeżenia informacji stanowiących Tajemnicę przedsiębiorstwa została wskazana w załączniku pod nazwą Tajemnica Przedsiębiorstwa – uzasadnienie Prokom*” – jedna strona,
- „*Informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Uzasadnienie zastrzeżenia dla wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia*” – jedna strona.

Wskazał również, że pozostałe dokumenty nie zostaną odtajnione.

12 lutego 2021 r. zamawiający udostępnił także odwołującemu swoje wezwanie skierowane do przystępującego z 25 stycznia 2021 r. w wersji, która nie obejmowała pkt 1 oraz pkt 5 – niemal w całości.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp „*Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.”* oraz *„Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.”*

Art. 8 ust. 3 ustawy Pzp brzmi zaś: *„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.”*

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U z 2020 r. poz. 1913), do której odsyła art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w następujący sposób definiuje, w art. 11 ust. 2, tajemnicę przedsiębiorstwa: „*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.”*

Uwzględniając powyższe, aby dana informacja mogła zostać zakwalifikowana jako tajemnica przedsiębiorstwa, spełnione muszą być, łącznie, trzy przesłanki, tj. informacja musi:

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

Wystąpienie tych trzech przesłanek musi wykazać zastrzegający informacje wykonawca, przy czym skład orzekający Izby zastrzega, że na utożsamienie obowiązku „wykazania” z obowiązkiem „udowodnienia” nie pozwala literalna wykładania przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp (skoro mowa w nim o wykazaniu, a nie udowodnieniu).

Odnosząc się w pierwszej kolejności do informacji zastrzeżonych przez przystępującego w ramach wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny (pisma z 19 i 25 stycznia 2021 r., dostrzec należy, że przystępujący swoje „uzasadnienie” zastrzeżenia informacji zawarł w jednym zdaniu. Zamawiający w toku rozprawy potwierdził, że to właśnie zdanie stanowiło wyłączną podstawę jego oceny skuteczności zastrzeżenia informacji przez przystępującego.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że żadna miarą nie można uznać, że za pomocą tego zdania przystępujący wykazał, jak wymaga tego przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp spełnienie trzech przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy Pzp.

Po pierwsze, nie wiadomo, jaki charakter mają zastrzegane przez przystępującego informacje (techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny), a przede wszystkim jaka jest (na czym polega) ich wartość gospodarcza.

Po drugie, nie wiadomo, czy są one albo mogą być łatwo dostępne dla osób zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji (całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów),

Po trzecie, nie wiadomo, czy i jakie działania w celu utrzymania ich w poufności podjął przystępujący w stosunku do tych informacji (przy zachowaniu należytej staranności).

Wiadomo jedynie, że przystępujący stwierdził, że przekazał „dane personalne", „oferty" oraz „dokumenty finansowe", ale nie wiadomo nawet, które to informacje i gdzie się znajdują.

Zaznaczyć przy tym należy, że w samych pismach wyjaśniających przystępujący nie ujął żadnych danych personalnych, ale opis poszczególnych stanowisk (np. koordynator zespołu, geodeta, prawnik, archeolog) w ramach kalkulacji kosztów personelu. Przystępujący nie pokusił się nawet o wskazanie konkretnych, składanych zamawiającemu jako załączniki dokumentów i przypisanie im, jaki jest ich charakter.

W okolicznościach niniejszej sprawy, biorąc pod uwagę znikomy walor „poznawczy" (w kontekście trzech ww. przesłanek) ww. jednozdaniowego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa i brak jego powiązania z informacjami, które przystępujący chciał chronić stwierdzić należy (co nasuwa wręcz wniosek o „przypadkowości" tego zdania), że uzasadnienia tego w istocie przystępujący nie złożył, a tym samym, że zamawiający nie mógł uznać, że zastrzeżenie informacji ujętych w pismach z 19 i 26 stycznia 2021 r. było skuteczne.

Nie sposób także dostrzec jakiejkolwiek informacji wymagających ochrony w samym jednozdaniowym uzasadnieniu zastrzeżenia ww. pism.

Nawiązując do argumentu zamawiającego, iż „*Odwołujący buduje – całkowicie bezzasadnie – domniemanie faktyczne, iż skoro Zamawiający zastrzegł dostęp do uzasadnienia zastrzeżenia informacji przez jej dysponenta (wykonawcę) to zastrzeżenie takie nie nastąpiło. Takie domniemanie pozostaje w sprzeczności z zasadami logiki formalne.*" (str. 3 czwarty akapit), skład orzekający Izby wskazuje, że choć wniosek odwołującego („*Zamawiający nie przekazał uzasadnienia objęcia tajemnicą wyjaśnień RNC, tym samym należy uznać, że uzasadnienia dla zastrzeżenia informacji po prostu brak*" (str. 4 odwołania) nie jest prawidłowy (to, że dokumentu nie otrzymał wykonawca nie musi, i najczęściej nie oznacza, że dokumentu nie ma), to w tym przypadku wniosek ten okazał się być prawdziwy.

Na marginesie skład orzekający Izby zauważa, że fakt, że zamawiający dokonał błędnej oceny, iż przystępujący skutecznie zastrzegł informacje w ww. wyjaśnieniach, nie oznacza jeszcze, że zamawiający „*nie dokonał żadnej analizy skuteczności zastrzeżenia*" (str. 4 odwołania), a jedynie, że wynik tej analizy nie był prawidłowy.

Podkreślić należy, że to zamawiający jest zobligowany, przepisem art. 8 ust.3 ustawy Pzp [„*Nie ujawnia się informacji (…), jeżeli wykonawca (…) wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa*" – adresatem normy jest zamawiający], do weryfikacji skuteczności zastrzeżenia, a w przypadku, gdy zastrzegający informacje wykonawca nie wykazał łącznego spełnienia ustawowych przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa (z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) do uznania, że zastrzeżenie informacji jest nieskuteczne, a w konsekwencji udostępnienie pozostałym wykonawcom tych informacji.

W tym przypadku z obowiązku tego zamawiający się nie wywiązał.

Przechodząc do informacji zastrzeżonych przez przystępującego w ramach złożonego wykazu osób, stwierdzić należy, że przystępujący swoje uzasadnienie zastrzeżenia informacji zawarł w odrębnej od samego wykazu osób informacji, która składa się zasadniczo z pięciu akapitów (zdanie ostatnie to jedynie ocena samego przystępującego, że „*zastrzeżenie poufności przez Wykonawcę było w pełni uzasadnione*"), przy czym:

- akapit pierwszy to przytoczenie brzmienia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp,
- akapit drugi to przytoczenie definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa (zgodnie z ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji),
- akapit piąty to cytat z jednego z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej.

Uwzględniając powyższe, uznać należy, że badanie skuteczności zastrzeżenia przez przystępującego informacji ujętych w wykazie osób sprowadza się do oceny dwóch akapitów: trzeciego i czwartego, które brzmią:

akapit trzeci: „W świetle powyższej definicji wyjaśniamy, iż informacje zastrzeżone zawierają informacje o danych osób na stałe współpracujących z firmą PROKOM Construction Sp. z o.o. i, z uwagi na to, świadczących swoje usługi na rzecz ww. firmy na preferencyjnych zasadach. Informacje te, mogą w szczególności zostać uznane za informacje organizacyjne, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej (w szczególności nie publikuje się imion i nazwisk oraz innych danych związanych z doświadczeniem i kwalifikacjami osób wskazanych w wykazie na stronie internetowej tak więc „ brak jest dostępu w zwykłej drodze do nich") a zastrzeżone informacje w ofercie w ww. zakresie w całości stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i posiadają niewątpliwie wartość gospodarczą, jako że identyfikacja tychże osób, dysponujących cennym doświadczeniem, przez innych oferentów stwarza zagrożenie podjęcia w przyszłości kontaktu innych oferentów z tymi osobami w celu wykorzystania ich doświadczenia zawodowego w swoich ofertach, co zagrażałoby interesom ekonomicznym firmy PROKOM Construction, w szczególności poprzez powstanie ryzyka wzrostu kosztów współpracy z tymi osobami, a w skrajnych przypadkach nawet utraty możliwości takiej współpracy.",

akapit czwarty*: „Firma PROKOM Construction podjęła niezbędne działania w celu zachowania poufności zastrzeżonych danych – były one dostępne tylko wąskiemu gronu menagerów firmy i są traktowane jako tajemnica przedsiębiorstwa, w szczególności firma PROKOM Construction ustanowiła bezwzględny zakaz ujawniania tychże danych jakimkolwiek osobom, czy podmiotom trzecim.„*

W akapicie czwartym mowa o charakterze zastrzeganych informacji i ich wartości gospodarczej, a także o braku dostępności tych informacji, co referuje do pierwszej i drugiej przesłanki określonej w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Taki charakter tych informacji został także wskazany przez przystępującego w załączniku nr 11, do którego załącznikiem było uzasadnienie zastrzeżenia dla wykazu osób.

W akapicie piątym mowa wprawdzie o podjętych przez przystępującego działaniach w celu zachowania informacji w poufności, co referuje do trzeciej przesłanki określonej w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jednak nie można uznać, że w tej części przystępujący wykazał, że podjął wymagające ochrony działania, ponieważ uzasadnienia w tym zakresie to jedynie ocena własna przystępującego („*Firma PROKOM Construction podjęła niezbędne działania w celu zachowania poufności zastrzeżonych danych")* oraz szczątkowa informacja, że ograniczona (co do osób) dostępność informacji stanowiła skutek *„bezwzględnego zakazu ujawniania tychże danych jakimkolwiek osobom, czy podmiotom trzecim",* bez podania konkretnych, obowiązujących u przystępującego uregulowań, które dawałyby zamawiającemu podstawę do weryfikacji, że rzeczywiści zakaz taki w odniesieniu do właściwych osób (z dostępem do informacji wymagających ochrony), skutecznie został wprowadzony.

Niezależnie od oceny wykazania przez przystępującego dwóch pierwszych ww. przesłanek, skład orzekający Izby

uznał, że nie budzi wątpliwości, że przesłanką, która niewątpliwie nie została wykazana jest przesłanka podjęcia przez przystępującego działań w celu zachowania informacji w poufności.

Przypominając, że aby dana informacja mogła zostać zakwalifikowana jako tajemnica przedsiębiorstwa, spełnione muszą być, łącznie, trzy przesłanki, skład orzekający Izby uznał, że przystępujący nie wykazał co najmniej przesłanki trzeciej.

Także i w tym przypadku z obowiązku nałożonego nań przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający się nie wywiązał. Próbując dokonać gradacji uzasadnienia zastrzeżenia dla wykazu osób i „uzasadnienia" (jedno zdanie) w ramach pism przystępującego z 19 i 26 stycznia 2021 r., stwierdzić należy, że pierwsze z nich było „bardziej rozbudowane" i powiązane z definicja tajemnicy przedsiębiorstwa, jednak żadne nie stanowiło wystarczającej podstawy do oceny, jak uczynił to zamawiający, że przystępujący skutecznie wykazał wszystkie przesłanki niezbędne do zachowania informacji w poufności.

Uzupełniająco skład orzekający Izby zauważa, że choć w Odpowiedzi na odwołanie zamawiający oświadczył, że – podobne jak odwołujący dokumenty – procedura polityki bezpieczeństwa (str. 3 drugi akapit) – złożył przystępujący, to brak takich dokumentów w przypadku przystępującego.

Nie znajduje także uzasadnienia, w świetle przesłanek warunkujących zachowanie informacji w poufności, ocena skuteczności zastrzeżenia informacji przez pryzmat podobieństwa rodzaju informacji zastrzeganych przez innego wykonawcę (w szczególności odwołującego), a nadto przez pryzmat tego, jakie rodzaje informacji w toku postepowań o udzielenie zamówienia publicznego w praktyce są zastrzegane najczęściej.

Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że przystępujący nie zastrzegł skutecznie informacji w ramach swoich wyjaśnień z 19 i 26 stycznia 2021 r., a także w ramach wykazu osób, ocena zamawiającego była nieprawidłowa wobec czego winie on udostępnić odwołującemu te informacje.

Zarzut dotyczący prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wcześniej wskazanych przepisów ustawy Pzp) potwierdził się.

Odwołujący postawił ten zarzut jako zarzut wynikowy – w konsekwencji naruszenia przez zamawiającego przepisów wskazanych w odniesieniu do zarzutów wcześniejszych, toteż skład orzekający Izby, w konsekwencji uznania zarzutów wcześniejszych, uznał, że także ten zarzut się potwierdził.

Skład orzekający Izby podzielił stanowisko odwołującego, iż „*Zamawiający – poprzez niezastosowanie w sposób prawidłowy powołanych przepisów – dopuścił się bowiem naruszenia fundamentalnych dla prawa zamówień publicznych zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców*" (str. 11 ostatni akapit odwołania).

Wobec potwierdzenia się zarzutów (w zakresie, w którym nie umorzono postepowania odwoławczego) skład orzekający Izby nakazał zamawiającemu wykonanie czynności jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 ustawy nPzp, a także w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrówz dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: ……