Sygn. akt: KIO 1949/21

WYROK
z dnia 3 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:
Przewodniczący:Monika Szymanowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans
po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 czerwca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego „Izan +" Sp. z o. o. w Krakowie i Naprzód Hospital Sp. z o. o. w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojewódzki Szpital Zespolony im. Stanisława Rybickiego w Skierniewicach przy udziale wykonawcy Ever Medical Care Sp. z o.o. w Warszawie przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, odtajnienie wadliwie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa referencji złożonych przez wykonawcę Ever Medical Care Sp. z o. o. w Warszawie oraz powtórzenie badania i oceny ofert,

2.w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3.kosztami postępowania odwoławczego w części 1/3 obciąża przystępującego Ever Medical Care Sp. z o.o. w Warszawie oraz w części 2/3 odwołującego konsorcjum „Izan +" Sp. z o. o. w Krakowie i Naprzód Hospital Sp. z o. o. w Łodzi i:

3.1.zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 7 500,00 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez konsorcjum „Izan +" Sp. z o. o. w Krakowie i Naprzód Hospital Sp. z o. o. w Łodztytułem wpisu od odwołania,
3.2.zasądza od przystępującego Ever Medical Care Sp. z o. o. w Warszawie na rzecz konsorcjum „Izan +" Sp. z o. o. w Krakowie i Naprzód Hospital Sp. z o. o. w Łodzi kwotę 1 342,00 zł (tysiąc trzysta czterdzieści dwa złote) tytułem zwrotu części kosztów postępowania odwoławczego.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

……

U z a s a d n i e n i e
wyroku z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie o sygn. akt: 1949/21

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Zespolony im. Stanisława Rybickiego ul. Rybickiego 1, 96-100 Skierniewice, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykonanie pomocniczej usługi utrzymania czystości w szpitalu oraz wykonywanie czynności pomocniczych", o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 maja 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00060166/01, dalej zwane jako „postępowanie".

Postępowanie na usługę, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.", jest prowadzone przez zamawiającego w trybie podstawowym.

W dniu 29 czerwca 2021 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniosło konsorcjum „Izan +" Sp. z o. o. ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków iNaprzód Hospital Sp. z o. o. ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź (dalej zwani „odwołującym"). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1.art. 239 ust. 1 Pzp w związku z art. 16 pkt 1) i 2) Pzp poprzez przyznanie wykonawcy Ever Medical Care Sp. z o.o. maksymalnej punktacji w kryterium, w sytuacji gdy wykonawca ten korzysta z potencjału podmiotu trzeciego, aby wykazać spełnienie tego kryterium, a nie przedstawił zobowiązania tego wykonawcy, z którego wynikałoby spełnienie tego kryterium w deklarowanym przez wykonawcę zakresie,
2.art. 118 ust. 2 Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp wobec zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Ever Medical Care Sp. z o.o., w sytuacji gdy oferta tego wykonawcy jest niezgodna z treścią ustawy, tj. art. 118 ust 2 Pzp albowiem, część zamówienia, co do którego został postawiony warunek udziału w postępowaniu w zakresie wykona sam wykonawca, który nie legitymuje się spełnieniem tego warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie,
3.art. 11 ust. 2 z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 2020. 1913 t.j. z dnia 2020.10.30) w związku z art. 18 ust. 2 Pzp, wobec zaniechania odtajnienia referencji złożonych przez podmiot Ever Cleaning Sp. z o.o., w sytuacji gdy jest to dokument, w którym podmiot wystawiający oświadcza wobec nieograniczonej i nieoznaczonej liczby podmiotów, że określony podmiot (wykonawca) należycie wykonał określone, tj. ma charakter dokumentu niepodlegającego utajnieniu oraz w sytuacji gdy podmiot, który zastrzegł te dokumenty nie przedstawił dowodów na zachowanie ich w tajemnicy.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o unieważnienie wyboru oferty wykonawcy Ever Medical Care Sp. z o.o. w Warszawie (dalej jako „wykonawca EMC"), odtajnienie referencji tego wykonawcy i odrzucenie jego oferty.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący przywołał treść pkt 1 rozdziału XXI SWZ w zakresie kryterium doświadczenia zawodowego, za które przyznano wykonawcy EMC 40 punktów i podniósł, iż zgodnie ze złożonym formularzem ofertowym tego wykonawcy dla oceny w kryterium wskazano 15 osób wykonujących czynności sprzątania i/lub świadczące usługi pomocnicze przy pacjencie, którymi wykonawca dysponuje na podstawie udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci - Ever Cleaning Sp. z o.o. Jednakże podmiot trzeci nie złożył w tym zakresie żadnego oświadczenia dla wykonawcy EMC.

Zdaniem odwołującego zgodnie z SWZ rozdziałem XIII wykaz oświadczeń i dokumentów wymaganych

w postępowaniu pkt 10 wykonawca, który podlega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, ma obowiązek złożyć wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowody potwierdzający, że wykonawca realizuje zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Natomiast w ocenie odwołującego nie jest wiadome, ilu pracowników i z jakim doświadczeniem, podwykonawca chce delegować do wykonania zamówienia. Z oświadczenia Ever Cleaning Sp. z o.o. w Warszawie nie wynika, aby do realizacji zamówienia podmiot ten skierował 100% osób mających co najmniej 12 miesięcy doświadczenia. Samo ogólne oświadczenie, że podwykonawca udostępni zasoby w zakresie zdolność technicznej lub zawodowej nie jest wystarczające do stwierdzenia, że podwykonawca deklaruje, iż skieruje do realizacji zamówienia pracowników gwarantujących uzyskanie najwyższej liczby punktów w kryterium jakościowym.

Według odwołującego czym innym jest deklaracja w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, a czym innym deklaracja w zakresie konkretnego, żądanego przez zamawiającego doświadczenia pracowników, którzy mają być skierowani do realizacji danego zamówienia (deklaracja co do doświadczenia potencjału kadrowego). Co więcej, wykonawca EMC oświadczył, że 10% przedmiotu zamówienia wykona samodzielnie, czyli częścią pracowników powinien dysponować sam wykonawca. Ponadto, zdaniem odwołującego oświadczenie z dnia 21 czerwca 2021 roku złożone przez EMC, iż dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, nadal nie zmienia okoliczności, że podmiot nie oświadczył, jakie doświadczenie mają pracownicy, którzy będą delegowani do wykonania zamówienia, i że oddeleguje 15 pracowników, którzy legitymują się co najmniej dwunastomiesięcznym doświadczeniem, w realizacji usług stanowiących przedmiot zamówienia.

W konsekwencji powyższego, w opinii odwołującego wykonawcy EMC nie przysługują żadne punktów w ramach kryterium doświadczenie zawodowe osób sprzątających i wykonujących, a oferta ta nie powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

W zakresie zarzutu nr 2 odwołujący wskazał, iż zamawiający postawił w postępowaniu warunek posiadania odpowiedniego doświadczenia, wykonawca EMC w zakresie jego spełnienia polega na potencjale podmiotu trzeciego, tj. Ever Cleaning Sp. z o.o. w Warszawie. Jednocześnie EMC oświadczył, że podwykonawca wykona 90% przedmiotu zamówienia, a 10% sam wykonawca. Zgodnie zaś z art. 118 ust. 2 p.z.p. w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Co więcej, sam zamawiający potwierdził to rozdziale XI pkt 5 SWZ, że wykonawca nie może, po upływie terminu składania ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.

Skoro zaś wykonawca EMC wskazał procentowo udział podwykonawcy i własny, a nie wyszczególnił czynności, co do których nie było postawionego warunku, to jego oferta nie odpowiada wymogowi stawionemu w art. 118 ust. 2 p.z.p., a w konsekwencji jest ona sprzeczna z treścią art. 118 ust. 2 p.z.p. i powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 p.z.p.

W przedmiocie zarzutu nr 3 odwołujący argumentował, że zamawiający zaniechał odtajnienia referencji przedstawion przez podwykonawcę EMC, kiedy dokument ten nie może podlegać utajnieniu albowiem podmiot wystawiający oświadcz wobec nieograniczonej i nieoznaczonej liczby podmiotów, że określony wykonawca należycie wykonał określone zadanie co potwierdzają wyroki Izby sygn. akt: KIO 2255/11, KIO 2260/11 i KIO 2283/11. Ponadto referencje lub in poświadczenie należytego wykonania zamówień, jako dokumenty ze swojej natury stworzone w celu ich upublicznieni bez wyrządzenia jakiejkolwiek szkody podmiotowi, którego dotyczą, a także informacje na temat wykonanych wcześnie zamówień, w szczególności na rzecz podmiotów sektora finansów publicznych, nie mogą stanowić tajemnic przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tak wyroki Izby sygn. akt: KI 1780/13 i KIO
289/16).

Odwołujący dodał, że nie przedstawiono także żadnych dowodów, które wskazywałyby na podjęcie kroków, by zachować w tajemnicy przedmiotowe referencje i wykaz, kiedy pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle (co podkreśla Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt: III CZP 74/05 wskazując, iż: „Jedną z zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jest przewidziana w art. 18 ust. 1 Pzp. zasada jawności postępowania, z ustawowo określonymi wyjątkami, pozwalającymi na ograniczenie dostępu do określonych informacji. Przepis art. 18 ust. 2 Pzp, zawierający wyjątek od zasady zawartej w art. 18 ust. 1 Pzp, jest źródłem uprawnienia zamawiającego ograniczenia dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, jednak skorzystanie z tego uprawnienia ustawodawca ograniczył tylko do przypadków określonych w ustawie"). Dla skutecznego dokonania zastrzeżenia niezbędne jest wykazanie przesłanek zasadności takiego zastrzeżenia. Wykonawca EMC dokonujący zastrzeżenia winien przedstawić stosowne dowody, że zastrzegana informacja podlega ochronie ze względu na swój charakter oraz, że legalną drogą nie można jej uzyskać, a przedsiębiorca podjął niezbędne kroki w celu zachowania jej poufności, a także wskazać na posiadaną przez nią wartość gospodarczą, czego nie uczyniono.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający uwzględnia odwołanie w całości.

Wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 2 i 3 p.z.p. skład orzekający dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Ever Medical Care Sp. z o. o. ul. Arkuszowa 39, 01 - 934 Warszawa (dalej zwanego „przystępującym"), który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek o których mowa w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto, w ocenie składu orzekającego odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 p.z.p.

Izba – po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu, uwzględniając art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia – stwierdziła, że postawione czynnościom zamawiającego zarzuty znajdują częściowe potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym. Zatem odwołanie zostało częściowo uwzględnione –

w zakresie zarzutu nr 3 z *petitum* odwołania, co w konsekwencji spowodowało konieczność powrotu postępowania do czynności badania i oceny ofert, w ramach której zamawiający pierwotnie wadliwie ocenił, że referencje przystępującego zostały skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, więc Izba nakazała jednostce zamawiającej unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, odtajnienie wadliwie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa referencji przystępującego oraz powtórzenie badania i oceny ofert.

W przedmiocie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. (zarzut nr 1 z *petitum* odwołania) Izba wskazuje co następuje.

Skład orzekający ustalił, że zgodnie z dokumentacją postępowania rozdział XXI pt. opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag kryterium ust. 1 poz. 2 tabeli SWZ zamawiający ustanowił kryterium doświadczenia zawodowego osób sprzątających i wykonujących usługi pomocnicze polegające na świadczeniu usług sprzątania w szpitalu i/lub usług pomocniczych, któremu przypisano maksymalnie 40 punktów (za 100% osób delegowanych do świadczenia usługi posiadających co najmniej 12 miesięcy doświadczenia w zakresie usług sprzątania szpitala i/lub usług pomocniczych) i taką liczbę punktów przyznano przystępującemu. Izba ustaliła dalej, że punktacja była przyznawana na podstawie oświadczenia wykonawcy składanego na formularzu ofertowym (załącznik nr 2 do SWZ pkt II), gdzie zamawiający wymagał uzupełnienia następującej treści „II. Deklaracja dotycząca doświadczenia zawodowego osób sprzątających i/lub świadczących usługi pomocnicze przy pacjencie: Deklarujemy, że minimum 12-miesięczne doświadczenie zawodowe w charakterze osoby sprzątającej w szpitalu i/lub świadczącej usługi pomocnicze przy pacjencie dotyczy: … % osób oddelegowanych do świadczenia tych usług (zgodnie z zapisem rozdział XXI pkt 2B SWZ)". Przystępujący w formularzu ofertowym, w miejscu wykropkowanym przez zamawiającego, wpisał 100%, co spowodowało przyznanie mu maksymalnej ilości punktów.

Ponadto, zgodnie z materiałem procesowym w pkt III formularza ofertowego zamawiający wymagał wskazania zakresu wykonywanych czynności/stanowiska i liczby doświadczenia zawodowego oraz informacji o podstawie dysponowania w zakresie osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia – w formularzu przystępujący podał, że będzie korzystał z pracowników podmiotu trzeciego (Ever Cleaning Sp. z o. o. w Warszawie), którzy posiadają co najmniej dwanaście miesięcy doświadczenia zawodowego. Co istotne, Izba ustaliła również, że zamawiający nie postawił wykonawcom warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania określoną kadrą, jedynie przyznawano punkty za personel, który zostanie skierowany do realizacji zamówienia, bez powiązania tego z wymogiem udziału w postępowaniu. Zatem należy mieć na uwadze, że czym innym jest weryfikacja podmiotowa przy spełnieniu warunku udziału w przetargu, a czym innym ocena w kryterium, gdyż zdaje się, że to właśnie ze względu na pomylenie tych instytucji postawiono zamawiającemu zarzut wadliwej oceny w kryterium doświadczenia osób sprzątających.

Odwołujący wskazał na ppkt 10 rozdziału XIII SWZ i treść pkt III formularza ofertowego przystępującego i podnosił, że brak jest oświadczenia podmiotu trzeciego złożonego przystępującemu w zakresie dysponowania potencjałem kadrowym. Tylko umknęło uwadze strony, że oświadczenie podmiotu trzeciego – dokument, o którym mowa w art. 118 ust. 3 i 4 p.z.p. (wypełniony załącznik nr 8 do SWZ), wykonawcy są zobowiązani złożyć, kiedy powołują się na potencjał innego podmiotu w sytuacji dotyczącej korzystania z zasobów innego przedsiębiorcy przy spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Wskazany przez odwołującego ppkt 10 rozdziału XIII SWZ („wykaz oświadczeń i dokumentów potwierdzających czy wykonawca polegający na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 118 ustawy, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego") dotyczy sytuacji określonej w art. 118 p.z.p., czyli w ustalonym stanie rzeczy wyłącznie potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego doświadczenia w wykonaniu usługi opisanej w ppkt 4 pkt 1 rozdziału XI SWZ. Zatem nie można rozciągnąć obowiązku złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego (wbrew treści rozdziału XIII SWZ i wbrew brzmieniu art. 118 p.z.p.) także na sytuacje niedotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jedynie na marginesie można wyjaśnić, że wskazane w art. 118 ust. 1 p.z.p. kryteria selekcji, określone w art. 7 pkt 9 p.z.p., to nie są kryteria oceny ofert, jak również takowe w tym postępowaniu nie zostały ustanowione.

Izba zauważa również, że cytując ppkt 10 rozdziału XIII SWZ odwołujący nie podał w odwołaniu jego pełnej treści, a pominął brzmienie SWZ, które znajduje się po myślniku. Wadliwe, wprowadzające w błąd zacytowanie fragmentu dokumentacji w odwołaniu pomija jej wiążącą treść, która jest niewygodna dla odwołującego, co jako taktyka procesowa zasługuje na krytykę i nie mogło być podstawą do postawienia czynnościom zamawiającego skutecznego zarzutu. Treść dokumentacji postępowania brzmi następująco „wykonawca, który podlega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, ma obowiązek złożyć wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowody potwierdzający, że wykonawca realizuje zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów – jeżeli w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia polegają na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane". Wymaganie jest spójne z dokumentem, jaki należało złożyć, aby je wykazać, tj. posiada odzwierciadlenie w brzmieniu załącznika nr 8 do SWZ, którego złożenia wymagał zamawiający, jeżeli wykonawca korzysta z zasobów podmiotów trzecich – we wzorze zobowiązania podmiotu trzeciego w zakresie udostępnienia zdolności podmiotowych w wyjaśnieniu zamawiającego z pkt 1 i pkt 2 jasno określono, co należy uzupełnić w zakresie rodzaju udostępnianego zasobu i zakresu udostępnienia, jak również w pkt 4 wzoru zobowiązania jednoznacznie wskazano na warunki podmiotowe.

Konkludując, zamawiający nie wymagał w postępowaniu oświadczenia podmiotu trzeciego dotyczącego personelu ocenianego w kryterium oceny ofert i nie ma podstaw, aby retroaktywnie pogarszać sytuację przystępującego i wymagać od niego oświadczenia, którego w dokumentacji nie żądano, pomijając już, czy taki wymóg byłby zgodny z p.z.p. Jedyna treść SWZ, która wymaga wskazania doświadczenia pracowników, na podstawie której przyznawano punkty, to uzupełnienie oświadczenia zawartego we wzorze formularza ofertowego (wypełniony załącznik nr 2 do SWZ). Odwołujący nie był w stanie wskazać na fragment dokumentacji, z którego wynikałaby konieczność złożenia jakichkolwiek dodatkowych oświadczeń wykonawcy (czy oświadczenia podmiotu trzeciego w stosunku do wykonawcy), gdyż takiej treści nie ma. Nie ma więc podstaw, by podważać punktację z kryterium oceny ofert na podstawie braku oświadczenia, którego nie wymagano.

Ponadto, odwołujący nie podjął próby wykazania, że oświadczenie z formularza ofertowego przystępującego jest merytorycznie wadliwe. W odwołaniu postawiono retoryczne pytania sprowadzające się do tego, że nie jest wiadomym odwołującemu ilu pracowników i z jakim doświadczeniem podmiot trzeci chce delegować do wykonania zamówienia – są to luźne, niczym niepoparte spekulacje strony.

Oświadczenie z formularza ofertowego stanowi oświadczenie wiedzy w formule dokumentu prywatnego i aby skutecznie podważyć wiarygodność takiego dokumentu, wymagane jest przeprowadzenie kontrdowodu – na przykład na okoliczność, że osoba, która podpisała dokument nie miała, bądź nie mogła mieć, wiedzy na określony temat, bądź że w rzeczywistości zdarzenia miały inny obrót niż ten, który został udokumentowany, np. że przystępujący nie będzie dysponował wskazanym personelem, albo że osoby te nie posiadają doświadczenia ocenianego w kryterium. Przy czym

ciężar obalenia rzetelności oświadczenia przystępującego rozłożony jest według reguł ogólnych, więc spoczywa na tym, kto wywodzi z tego skutki procesowe. Odwołujący zaś nie podjął nawet próby skonkretyzowania, a następczo wykazania okoliczności, które mogłyby podważyć treść formularza ofertowego jego konkurencji i ograniczył się do lapidarnego wskazywania, że oświadczenie budzi jego subiektywne wątpliwości. Odwołujący zakwestionował ocenę zamawiającego i w istocie nic konkretnego jej nie zarzucał, ograniczając się do twierdzenia, że – w oparciu o swoje własne przekonanie – on wskazane oświadczenie oceniłby inaczej.

W konsekwencji powyższego, wobec braku potwierdzenia, że wykonawcy mieliby na kanwie SWZ składać jakiekolwiek oświadczenie podmiotu trzeciego, oprócz wymaganego w ramach potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zarzut wadliwego przyznania przystępującemu punktów w kryterium oceny ofert z powodu niezłożenia w tym zakresie oświadczenia Ever Cleaning Sp. z o. o. w Warszawie nie mógł zostać uwzględniony. Jak również stanowisko odwołującego co do merytorycznych aspektów oświadczenia przystępującego dotyczącego doświadczenia personelu ocenianego w kryterium oceny ofert pozostało w sferze gołosłownych wątpliwości strony, więc nie było podstaw, by je podzielić. Zatem zarzut nr 1 z *petitum* odwołania, jako zarzut niepotwierdzony został przez Izbę oddalony.

W ocenie Izby również nietrafny okazał się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 118 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3 p.z.p. (zarzut nr 2). Nie było spornym, że przystępujący w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącym usługi referencyjnej powołał się na zasób podmiotu trzeciego Ever Cleaning Sp. z o. o. w Warszawie, który w toku realizacji umowy miał pełnić rolę podwykonawcy. Odwołujący zarzucił wadliwe wykazanie potencjału z powodu nieprawidłowego zobowiązania podmiotu trzeciego, z którego jego zdaniem nie wynikają czynności, które ma wykonać podwykonawca, więc niewiadomym jest czy czynności, do których jest wymagane doświadczenie wykona podmiot je posiadający. Zdaniem odwołującego podwykonawca oświadczył, że wykona 90% zamówienia, a przystępujący 10%, więc oferta nie spełnia wymagań art. 118 ust. 2 p.z.p.

Izba ustaliła, że zgodnie z treścią zobowiązania podmiotu trzeciego (wypełniony załącznik nr 8 do SWZ) Ever Cleaning Sp. z o. o. w Warszawie udostępnia przystępującemu zdolności techniczne lub zawodowe dotyczące usługi referencyjnej. Sposób i okres udostępnienia zasobów to podwykonawstwo części zamówienia przez okres realizacji zamówienia. Ponadto, podwykonawca zrealizuje usługę w zakresie usługi czystościowo-porządkowej oraz czynności sprzątania w szpitalu i świadczenia usługi pomocniczej przy pacjencie. Zatem w ocenie składu orzekającego ze zobowiązania podwykonawcy (szczególnie pkt 4 oświadczenia) prawidłowo i jednoznacznie wynika, jakie czynności wykona on w toku realizacji umowy. Jak również treść oświadczenia potwierdza, że czynności, do których potrzebne jest doświadczenie będzie wykonywał podmiot je posiadający. Tym samym zarzut nie znalazł potwierdzenia w materiale procesowym, a w konsekwencji nie mogło dojść do naruszenia w postępowaniu art. 118 p.z.p., co powoduje, że nie doszło także do zaniechania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 p.z.p.

Można również zaznaczyć, że oświadczenie złożone wraz z ofertą ma odzwierciedlenie w stanowisku procesowym przystępującego, który wskazał, że wykonawca w ramach usługi sprzątania będzie pełnił nadzór nad realizacją umowy, dokona zakupu sprzętu, ubioru służbowego, środków BHP, zrekrutuje personel, etc., a zasadniczą część umowy zrealizuje podwykonawca. Izba zaznacza, że w odwołaniu nie postawiono zarzutu wadliwego zlecenia całości zamówienia podwykonawcy, a także w postępowaniu zamawiający nie skorzystał z uprawnienia art. 121 p.z.p. i nie ograniczył możliwości polegania na potencjale podmiotów trzecich – nie określono kluczowych zadań, które wykonawca winien wykonać osobiście, w rozdziale VIII SWZ wręcz potwierdzono możliwość posłużenia się podwykonawcą.

W ustalonym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 118 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3 p.z.p., zatem omawiany zarzut został oddalony.

W zakresie zarzutu nr 3 – naruszenia art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 poz. 1913) dalej zwanej jako „z.n.k.”, w zw. z art. 18 ust. 2 p.z.p. – skład orzekający wskazuje jak niżej.

Izba ustaliła, że uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa listu referencyjnego szpitala zawarto w uzasadnieniu zastrzeżenia z dnia 21 czerwca 2021 r., do którego nie załączono żadnych dowodów dla wykazania, że utajnione przez przystępującego informacje stanowią tajemnicę gospodarczą. Zatem w ocenie Izby przystępujący nie wykazał, iż informacje, które zastrzegł zasługują na ochronę wynikającą z art. 18 ust. 3 p.z.p., zgodnie z którym to po stronie przedsiębiorcy leży ciężar dowodu w zakresie wykazania, że zastrzeżone informacje spełniają wszystkie elementy konieczne dla jej uznania za tajemnicę chronioną w świetle jej definicji legalnej zawartej w art. 11 ust. 2 z.n.k., co następczo spowodowało naruszenie w postępowaniu art. 18 ust. 2 p.z.p.

Skład orzekający stwierdził, że naruszono zasadę jawności postępowania (art. 18 ust. 1 p.z.p.), ponieważ brak udostępnienia rzeczonych danych jest bezprawny. Wyjątkiem od przedmiotowej zasady jest utajnienie informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 18 ust. 3 p.z.p.). Tym niemniej wszelkie odstępstwa od zasady jawności muszą zostać rzeczowo uzasadnione i udowodnione. Jak każdy wyjątek zastrzeżenie danych nie może być wykładane rozszerzająco, dlatego też wykonawca nie może ograniczyć się do ogólnego stwierdzenia o istnieniu takiej tajemnicy, w tym sformułowanego jedynie na podstawie własnej oceny. Tajemnica przedsiębiorcy powinna być bowiem oceniana w sposób obiektywny, czyli w oderwaniu od woli przedsiębiorcy. Inaczej poufne pozostałoby wszystko to, co arbitralnie wykonawca uzna za zastrzeżone, kiedy informacje związane z działalnością przedsiębiorcy niewątpliwie stanowią kategorię danych, mających z jego perspektywy charakter poufny, których ujawnienie mogłoby pociągać za osobą negatywne konsekwencje dla jego pozycji rynkowej. Jak trafnie wskazał Naczelny Sąd Administracyjny tajemnica gospodarcza, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby – z istoty rzeczy – nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu (por. wyroki NSA z dnia 13.04.2016 r. sygn. akt: I OSK 2563/14 i z dnia 14.09.2017 r. sygn. akt: I OSK 2740/15), a co wydaje się szczególnie istotne przy utajnianiu danych wpływających na ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czyli w zakresie informacji przekładających się na wybór oferty najkorzystniejszej.

Izba stwierdziła, że utajnienie informacji przez przystępującego nie spełnia przesłanek art. 18 ust. 3 p.z.p., więc nie ma podstaw, aby nie zostały one przekazane odwołującemu. Zgodnie z tą normą 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. Omawiany przepis nakłada na więc wykonawcę nie tylko obowiązek zastrzeżenia swoich poufnych informacji, ale też udowodnienia, że stanowią one tajemnicę gospodarczą. Ustawodawca jednoznacznie określił rozkład ciężaru dowodu obciążając stronę, która jest przekonana, że jej informacje stanowią poufne dane, koniecznością wykazania określonych okoliczności. Powyższe koreluje z koniecznością zobiektywizowanego badania prawidłowości wystąpienia wyjątku od zasady jawności, bowiem to poprzez rzeczowe i przekonujące uzasadnienie tajemnicy, właściwie poparte dowodami, zamawiający ocenia, czy zastrzeżenie informacji pozwala na odejście od naczelnej zasady jawnego postępowania.

Obowiązek przedkładania dowodów dotyczy wykazania przesłanek materialnych zawartych w art. 11 ust. 2 z.n.k.,

będącego definicją legalną tajemnicy gospodarczej, co wymaga łącznego spełnienia przesłanek odnoszących się do określonego charakteru informacji (tj. charakteru technicznego, technologicznego, organizacyjnego przedsiębiorstwa lub stanowiących inne informacje posiadające wartość gospodarczą) i ujęcia ich jako całości, lub w szczególnym zbiorze, gdzie nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Skuteczne objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga od wykonawcy także wykazania spełnienia przesłanki formalnej, czyli podjęcia przez uprawnionego do korzystania z zastrzeżonych informacji lub rozporządzania nimi, działań w celu utrzymania ich w poufności. Nie mogą to być jakiekolwiek działania, a jedynie zachowanie kwalifikowane przez pryzmat działania przy zachowaniu należytej staranności w danych okolicznościach faktycznych. W istocie nie wydaje się uzasadnionym wymaganie od wykonawcy wykazania dowodami oddzielnie każdej z wyżej wymienionych przesłanek, tym niemniej w omawianej normie zawarto wymagania, które przedsiębiorca winien podjąć dla zachowania tajemnicy handlowej, które – jak pokazuje praktyka – są prawidłowo udowadniane przez wykonawców.

W ustalonym stanie rzeczy skład orzekający stwierdził, że z materiału procesowego wynika, że w zastrzeżeniu tajemnicy gospodarczej przystępujący opisał czynności, które podejmuje, aby chronić swoje informacje. Wykonawca oświadczył, że dostęp do informacji posiada niewielkie grono osób zarządzających oraz ich pracowników. W szczególności zasady współpracy z kontrahentem i wysokość wynagrodzenia zna niewielkie grono kadry zarządzającej przedsiębiorstwem. Ponadto, przystępujący posiada wewnętrzne procedury, zabezpieczających informacje przed ich ujawnieniem, zatem podejmowane są wszelkie niezbędne działania w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji.

Okoliczności, o których mowa powyżej, jak wskazał sam przystępujący są udokumentowane, np. wewnętrzne procedury, których dysponentem i autorem jest przystępujący, który nie powinien mieć trudności w ich przedstawieniu. Poza tym, na takie trudności wykonawca nie wskazywał ani w postępowaniu o udzielenie zamówienia przed zamawiającym, ani przed Izbą. Przystępujący zdecydował się na pozostawienie utajnienia tajemnicy gospodarczej w postaci pisma z dnia 21 czerwca 2021 r., z którego treści wynika, że dysponuje on właściwymi środkami dowodowymi na wykazanie, że zastrzegane dane mogą spełniać przesłanki tajemnicy przedsiębiorcy, ale dowodów tych nie złożono, pomimo takiego obowiązku nałożonego na wykonawcę przez ustawodawcę. Przy czym – co istotne dla oceny zachowania przystępującego – działanie wykonawcy w przetargu winno być oceniane przez pryzmat podwyższonego miernika staranności, który na przedsiębiorców działających na rynku zamówień publicznych nałożył ustawodawca (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p.). Zatem wykonanie obowiązków przez przystępującego należy oceniać przy uwzględnieniu, że co do zasady prowadzi on swoją działalność zawodowo, jako profesjonalista, więc poziom wymaganej od przedsiębiorcy staranności jest wyższy, niż przeciętny poziom przyjęty w obrocie gospodarczym. Z tego sformułowania wynikają także wytyczne, w jaki sposób dokonywać zobiektywizowanej oceny działania wykonawcy – profesjonalny wzorzec należytej staranności uwzględnia zwiększone, czyli surowsze wymagania, z uwagi na zawodowy charakter podmiotu, którego profesjonalna, prowadzona w sposób ciągły działalność, oparta jest na jego szczególnych umiejętnościach.

Izba więc przyjęła, że w ustalonym stanie rzeczy nie wykazano spełnienia przesłanek art. 18 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 z.n.k. Rację ma odwołujący, że przystępujący nie udźwignął ciężaru udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ nawet nie podjął próby w tym zakresie – jego stanowisko pozostało subiektywnym przekonaniem opierającym się na gołosłownych twierdzeniach. Brak złożenia dowodów, w postaci chociażby dokumentów, których autorem jest przystępujący, powoduje, że stanowisko wykonawcy nie jest wiarygodne. Ponadto, skoro wykonawca nie wykazał, aby faktycznie podejmował działania chroniące zastrzegane informacje, z góry narażono się na uznanie, że utajnione dane zostaną ujawnione.

W konsekwencji powyższego analiza, czy zastrzeżone dane spełniają przesłanki materialne dotyczące charakteru informacji, ujęcia ich we wskazany sposób i przełożenia na wartość gospodarczą przystępującego, nie była w sprawie konieczna. Pozostawienie zastrzeżenia jako własnego przekonania strony i rezygnacja z wypełnienia obowiązku wykazania wymaganych przesłanek tajemnicy handlowej powoduje, że odwołanie należało uwzględnić. Jeżeli wykonawca – pomimo że twierdzi, że istnieją dowody pozwalające na dokonanie obiektywnej weryfikacji prawidłowości utajnienia danych – podejmuje decyzję, że dowodów tych nie złoży, pozbawia zamawiającego i Izbę możliwości uznania, że tajemnica została prawidłowo i skutecznie zastrzeżona, co powoduje, że informacje te należy odtajnić.

Zatem jedynie na marginesie Izba wskazuje, że nie udowodniono, by utajnione referencje spełniały materialne przesłanki uznania danych za zastrzeżone. Dostęp do listu referencyjnego, który dotyczy usługi wykonywanej dla jednostki sektora finansów publicznych można uzyskać w ramach dostępu do informacji publicznej. Utajnienie tych danych ma raczej na celu utrudnienie konkurencji weryfikacji oferty przystępującego, niż faktyczne zastrzeżenie danych, co do których dostęp jest powszechny. Warunki handlowe, terminy płatności wynagrodzenia, okres realizacji usługi, zakres powierzonych prac, osoba przeznaczona do kontaktu – wszystkie te dane są jawne i publicznie dostępne, a mając na uwadze kwotę usługi (co można wywnioskować z treści warunku udziału w postępowaniu) zawarcie umowy musiało odbyć się w ramach procedury określonej w ustawie p.z.p. Ponadto, uzasadnienie objęcia danych tajemnicą przedsiębiorstwa odnosi się do nieaktualnego stanu prawnego, a także nie wykazano wartości gospodarczej utajnionych informacji.

Rekapitulując, skład orzekający stwierdził, że przystępujący nie wykazał, że zastrzegane dane stanowią jego tajemnicę gospodarczą – do utajnienia nie przedłożono dowodów potwierdzających zawarte tam stanowisko, czyli nie wykazano, że zastrzegane informacje posiadają charakter kwalifikujący je jako poufne na kanwie art. 11 ust. 2 z.n.k. Nie wykazano także odpowiedniego charakteru zastrzeganych informacji i ich wartości gospodarczej, co powoduje, że zastrzeżenie ich jako tajemnicy handlowej należy uznać za bezskuteczne. Tym samym potwierdziły się zarzut postawione w pkt 3 *petitum* odwołania i zgodnie z żądaniem odwołującego Izba nakazała odtajnić wadliwie zastrzeżone referencje.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, bowiem wykazano, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ brak ujawnienia bezskutecznie zastrzeżonych danych uniemożliwia odwołującemu kontrolę prawidłowości oferty konkurencji, co ma wpływ na jego prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej, które mogą mieć wpływ na losy tej oferty w postępowaniu, a tym samym na jego wynik. Jak również nieujawnienie wadliwie utajnionych informacji jest sprzeczne z zasadą jawności postępowania, co zobowiązuje zamawiającego do ujawnienia tych informacji (por. uchwała SN z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt: III CZP 74/05),

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania skład orzekający wydał na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 7 ust. 2 pkt 2 i § 7 ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a, b i d rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Stosunek zarzutów zasadnych do niezasadnych wyniósł odpowiednio 1/3 do 2/3, zatem odpowiedzialność za 1/3

kosztów postępowania odwoławczego ponosi przystępujący po stronie zamawiającego, który zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania przez zamawiającego, a w części 2/3 odwołujący.

Na koszty postępowania złożył się uiszczony przez odwołującego wpis (7 500,00 zł) oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (3 600,00 zł) i koszty dojazdu (92,00 zł) w wysokości ustalonej na podstawie złożonego przez stronę do akt spisu kosztów, plus koszty opłaty skarbowej od pełnomocnictw (34,00 zł), a także koszty wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego uwzględnione na podstawie złożonej faktury VAT, zmniejszone do limitu wynikającego z § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia (3 600,00 zł). Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania w wysokości 11 226,00 zł, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 9 884,00 zł, zatem Izba zasądziła od przystępującego na rzecz odwołującego różnicę pomiędzy kosztami dotychczas poniesionymi, a kosztami za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodniczący:

……