

WYROK

z dnia 14 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 13 września 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 sierpnia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: DGP Clean Partner Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, SEBAN Sp. z o.o., z siedzibą w Katowicach, 7 MG Sp. z o.o., z siedzibą w Legnicy, Partner Medica Sp. z o.o., z siedzibą w Legnicy, DGP PROVIDER Sp. z o.o., z siedzibą w Legnicy, 4 KL Sp. z o.o., z siedzibą w Legnicy,

w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Ostrowi Mazowieckiej,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: S4H Sp. z o.o., z siedzibą w Olsztynie oraz Medicare Services Sp. z o.o., z siedzibą w Olsztynie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nakazuje zamawiającemu: unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, odtajnić następujące dokumenty złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: S4H Sp. z o.o., z siedzibą w Olsztynie oraz Medicare Services Sp. z o.o., z siedzibą w Olsztynie: (i) oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu składanego na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, przedstawionego w formie osobnego dokumentu załączonego do JEDZ oznaczonego w treści JEDZ jako „zgodnie z załącznikiem tajemnica.przedsiębiorstwa.pdf” wraz z załącznikami; (ii) wyjaśnień wykonawcy z dnia 4 lipca 2021 r. wraz z załącznikami złożonymi przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 1 lipca 2021 r.; (iii) wyjaśnień wykonawcy z dnia 27 lipca 2021 r. wraz z załącznikami złożonymi przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 23 lipca 2021 r.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Ostrowi Mazowieckiej i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: DGP Clean Partner Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, SEBAN Sp. z o.o., z siedzibą w Katowicach, 7 MG Sp. z o.o., z siedzibą w Legnicy, Partner Medica Sp. z o.o., z siedzibą w Legnicy, DGP PROVIDER Sp. z o.o., z siedzibą w Legnicy, 4 KL Sp. z o.o., z siedzibą w Legnicy tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od zamawiającego Samodzielnego Publicznego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Ostrowi Mazowieckiej na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: DGP Clean Partner Sp. z o. o., z siedzibą w Warszawie, SEBAN Sp. z o. o., z siedzibą w Katowicach, 7 MG Sp. z o. o., z siedzibą w Legnicy, Partner Medica Sp. z o.o., z siedzibą w Legnicy, DGP PROVIDER Sp. z o. o., z siedzibą w Legnicy, 4 KL Sp. z o.o., z siedzibą w Legnicy kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu uiszczonego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 720 zł 46 gr (słownie: siedemset dwadzieścia złotych i czterdzieści sześć groszy) tytułem zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo

zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. 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:

Sygn. akt: KIO 2466/21

UZASADNIENIE

W dniu 18 sierpnia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: DGP Clean Partner Sp. z o. o., z siedzibą w Warszawie, SEBAN Sp. z o. o., z siedzibą w Katowicach, 7 MG Sp. z o. o., z siedzibą w Legnicy, Partner Medica Sp. z o.o., z siedzibą w Legnicy, DGP PROVIDER Sp. z o. o., z siedzibą w Legnicy, 4 KL Sp. z o.o., z siedzibą w Legnicy (dalej „Konsorcjum”) zarzucając zamawiającemu Samodzielnemu Publicznemu Zespołowi Zakładów Opieki Zdrowotnej w Ostrowi Mazowieckiej (dalej „Zamawiający”) naruszenie:

1) art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 74 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2020 poz. 1913 z późn.zm. dalej jako „UZNK”) w zw. z art. 11 ust. 4 UZNK w zw. z art. 11 ust. 1 UZNK w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę i błędne uznanie skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę Konsorcjum: S4H Sp. z o.o., z siedzibą w Olsztynie oraz Medicare Services Sp. z o.o., z siedzibą w Olsztynie jako tajemnicy przedsiębiorstwa całości informacji znajdujących się w dokumentach: a) oświadczeniu o niepodleganiu wykluczeniu składanym na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (dalej: „JEDZ”) a przedstawionych w formie osobnego dokumentu załączonego do JEDZ oznaczonego w treści JEDZ jako „zgodnie z załącznikiem tajemnica.przedsiębiorstwa.pdf” wraz z załącznikami; b) treści wyjaśnień Wykonawcy z dnia 4 lipca 2021 r. wraz z załącznikami złożonych przez Wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 1 lipca 2021 r., c) treści wyjaśnień Wykonawcy z dnia 27 lipca 2021 r. wraz z załącznikami złożonych przez Wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 23 lipca 2021 r., polegającą w szczególności na przyjęciu, że całość treści ww. dokumentów podlega utajnieniu, w konsekwencji zaniechaniu udostępnienia Odwołującemu informacji znajdujących się w ww. dokumentach mimo, iż: (1) Wykonawca nieprawidłowo oznaczył informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, nie wykazał, że zastrzegane przez niego informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności nie dokonał skutecznego tajemnicy przedsiębiorstwa wobec nie wykazania przesłanek opisanych w art. 11 UZNK m.in. że są to informacje techniczne, organizacyjne, przedstawiają wartość gospodarczą, nie wykazał podjęcia działań uzasadnionych w danych okolicznościach zmierzających do zachowania ich w poufności (2) wyłącznie niektóre informacje

zwarte w ww. dokumentach mogły ewentualnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu UZNK oraz (3) mimo że wszystkie trzy uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa są prawie tożsame treściowo (najszerszą treść zawiera uzasadnienie zastrzeżenia informacji z dnia 29 czerwca 2021 r., pozostałe zbudowane są z powielonych z niego elementów), są ogólne, sztamkowe i nie odnoszą się w ogóle do specyfiki zastrzeganych informacji, nie dotyczą aktualnego postępowania, co w konsekwencji doprowadziło do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców co przejawiało się poprzez utajnienie informacji i dokumentów, które nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa; ponadto sama decyzja od odmowie udostępnienia nie zawierała żadnego uzasadnienia, odmowę Odwołujący wywodzi z faktu nieudostępnienia ww. Informacji- zawartych w ww. dokumentach, nie są mu jednak znane motywy takiego postępowania Zamawiającego;

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 110 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ustawy Pzp poprzez: nieprawidłowe badanie i błędną ocenę oferty wykonawcy w szczególności oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu składanego przez S4H sp. z o.o. na formularzu JEDZ, materiału samooczyszczającego przedstawionego w formie osobnego dokumentu załączonego do JEDZ oznaczonego w treści JEDZ jako „zgodnie z załącznikiem tajemnica.przedsiębiorstwa.pdf” wraz z załącznikami składanego przez S4h sp. z o.o. jak i treści wyjaśnień z dnia 27 lipca 2021 r. i błędne uznanie, że wobec S4H sp. z o.o. nie zachodzą podstawy wykluczenia z postępowania o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 i pkt 7 ustawy Pzp, a tym samym że oferta nie podlega odrzuceniu jako złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania, podczas gdy: a) wykonawca nie przedstawił w odniesieniu do S4H sp. z o.o. wraz z JEDZ wyczerpującego materiału self - cleaning o którym mowa w art. 110 ustawy Pzp, materiału który byłby wystarczający do wykazania jego rzetelności, mimo iż jest do tego zobowiązany zgodnie z ustawą Pzp, albowiem nie wyjaśnił wyczerpująco faktów i okoliczności związanych ze swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, nie przedstawił skutecznego dowodu naprawienia szkody, b) Zamawiający w sposób nieuprawniony wygenerował do

Wykonawcy wezwanie z dnia 1 lipca 2021 r. albowiem inicjatywa w zakresie

powołania się na art. 110 i zawartą w nim instytucję self - cleaningu należy do wykonawcy, wyczerpujące wykazanie przesłanek i okoliczności o których mowa w art. 110 ust należy do wykonawcy, który zobowiązany jest to uczynić przy składaniu JEDZ, c) S4H sp. z o.o. w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów na podstawie przesłanego przez Odwołującego pisma z dnia 14 lutego 2021 r. Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Gdańsku (znak 100000/272/2/2020-ADG, UNP 2020-00114790) zawierającego oświadczenie o odstąpieniu od umowy z dnia 28.08.2019 r. nr 1072152 na sprzątnięcie i utrzymanie czystości wewnątrz obiektów oraz całorocznego utrzymania terenów zielonych i utwardzonych w Oddziale ZUS w Gdańsku i podległych terenowych jednostkach organizacyjnych, d) S4H sp. z o.o. z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał, długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z umowy w sprawie zamówienia publicznego z dnia 28.08.2019 r. nr 1072152 (opisane w oświadczeniu z dnia 14 lutego 2019 r.), co doprowadziło do odstąpienia od umowy przez ZUS Oddział w Gdańsku przywołanego i opisanego w punkcie powyżej, e) wyjaśnienia z dnia 27 lipca 2021 r. nie spełniają wymagań określonych w ustawie Pzp, z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, że S4H sp. z o.o. nie naprawił szkody wyrządzonej ZUS Oddział w Gdańsku w trakcie realizacji umowy nr z dnia 28.08.2019 r. nr 1072152 w szczególności nie zapłacił naliczonej przez Zamawiającego w związku z faktem odstąpienia od umowy kary umownej, co uniemożliwia skuteczne wykazanie łącznego spełnienia przesłanek self- cleaningu opisanych w art. 110 ustawy Pzp, f) Zamawiający zaniechał podjęcia czynności pozwalających mu na rzeczywistą, rzetelną, pełną, samodzielną ocenę sytuacji Wykonawcy w kontekście ziszczenia się przesłanek wykluczenia z udziału w postępowaniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp, w szczególności zaniechanie podjęcia działań, które pozwoliłyby Zamawiającemu wyposażać się w wiedzę o rzeczywistym przebiegu realizacji przez wykonawcę usługi na rzecz ZUS Oddział w Gdańsku, w szczególności pozyskać informacje czy szkoda została

naprawiona. Zamawiający wystąpił jedynie do Wykonawcy o przedłożenie wyjaśnień, zaniechał jednocześnie wystąpienia do ZUS w Gdańsku o przesłanie dokumentów, informacji, które pozwoliłyby Zamawiającemu po otrzymaniu wyjaśnień wykonawcy na ich realną ocenę, wypracowanie własnego stanowiska w zakresie subsumpcji

stanu faktycznego mającego miejsce w latach 2019-2020 roku przy realizacji umowy nr 1072152 pod dyspozycję art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp; Zamawiający tym samym jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, mimo iż złożone wyjaśnienia w żaden sposób nie mogły usunąć wątpliwości Zamawiającego leżących u podstaw skierowania do wykonawcy wezwania z dnia 23 lipca 2021 r.; g) przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co przejawiało się jak opisano powyżej i doprowadziło w konsekwencji do wyboru oferty, która podlega odrzuceniu gdyż została złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania;

3) art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ustawy Pzp w

związku z treścią SWZ poprzez: nieprawidłowe badanie i błędną ocenę oferty Wykonawcy w szczególności oświadczenia o niepodleganiu składanego na formularzu JEDZ i uznaniu, że wobec wykonawcy nie zachodzą podstawy wykluczenia z udziału w postępowaniu, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania podczas gdy Wykonawca w wyniku zamierzonego działania-lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu z postępowania, w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w SWZ tj. w złożonym w odniesieniu do S4H sp. z o.o. oświadczeniu o podstawach wykluczenia z postępowania nie wskazał zdarzeń mających miejsce podczas realizacji kontraktu nr 1072152 na rzecz ZUS Oddział w Gdańsku, zataił informację, iż w związku z okolicznościami złożenia przez ZUS Oddział w Gdańsku oświadczenia z dnia 14 lutego 2019 r. zachodzą wobec S4H sp. z o.o. przesłanki wykluczenia z udziału w postępowaniu o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 7, a co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. w złożonym oświadczeniu o podstawach wykluczenia z postępowania w odniesieniu do S4H sp. z o.o. nie wskazał jako podstawy wykluczenia z postępowania zdarzeń mających miejsce podczas realizacji kontraktu nr 1072152 na rzecz ZUS Oddział w Gdańsku skutkujących złożeniem przez ZUS Oddział w Gdańsku oświadczenia z dnia 14 lutego 2019 r. o odstąpieniu od umowy; przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co przejawiało się jak opisano powyżej i doprowadziło w konsekwencji do wyboru oferty, która podlega odrzuceniu gdyż została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na ocenie ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę, uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa: a) oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu składanym na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (dalej: „JEDZ”) a przedstawionych w formie osobnego dokumentu załączonego do JEDZ oznaczonego w treści JEDZ jako „zgodnie z załącznikiem tajemnica.przedsiębiorstwa.pdf” wraz z załącznikami; b) treści wyjaśnień wykonawcy z dnia 4 lipca 2021 r. wraz z załącznikami złożonych przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 1 lipca 2021 r., c) treści wyjaśnień Wykonawcy z dnia 27 lipca 2021 r. wraz z załącznikami złożonych przez Wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 23 lipca 2021 r., i udostępnienie Odwołującemu powyższych dokumentów i informacji; 4) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem wyników powtórzonych czynności o których mowa powyżej, a w tym: odrzucenie oferty Wykonawcy, wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa prawnego przed Krajową Izbą Odwoławczą. Ponadto Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z dokumentu w postaci: 1) umowy nr 1072152 z dnia 28.08.2019 r. na okoliczność rodzaju łączącego strony zobowiązania, zakresu obowiązków wykonawcy, przedmiotu udzielonego zamówienia, charakteru obiektów w których świadczona była usługa, 2) odstąpienia od umowy nr 1072152; 3) Pisma z dnia 21.02.2020 r. dotyczącego nałożenia kary umownej za odstąpienie od umowy nr 1072152 z

dnia 28.08.2019 r.; 4) Oświadczenia o potrąceniu z dnia 13 marca 2020 r.; 5) Pisma z dnia 20 grudnia 2019 r. w przedmiocie naliczenia kar umownych za nienależyte wykonanie usług wraz z kopią protokołu wykonania usługi; 6) Pisma z dnia 27 stycznia 2020 r. w przedmiocie naliczenia kar umownych za nienależyte wykonanie usług wraz z kopią protokołu wykonania usługi, dowody z punktu 2-6 na okoliczność przebiegu realizacji umowy nr 1072152 z dnia 28.08.2019 r. stwierdzonych nieprawidłowości w działaniach S4H sp. z o.o., rodzaju zgłoszonych zastrzeżeń oraz zdarzeń będących podstawą zgłoszonych zastrzeżeń, przyczyn odstąpienia od umowy, należnego ZUS Oddział w Gdańsku odszkodowania; 7) Wzoru formularza ofertowego w postępowaniu znak 100000/271/5/2019-ZAP na okoliczność zakresu obowiązków wykonawcy, przedmiotu udzielonego zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego czynność Zamawiającego polegającej na uznaniu zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa całości dokumentów w postaci: a) oświadczenia załączonego do JEDZ oznaczonego w treści „JEDZ jako „zgodnie z załącznikiem - tajemnica.przedsiębiorstwa.pdf” wraz z załącznikami; b) wyjaśnień wykonawcy z dnia 4 lipca 2021 r. „wraz z załącznikami złożonych przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 1 lipca 2021 r., c) wyjaśnień wykonawcy z dnia 27 lipca 2021 r. wraz z załącznikami złożonych przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 23 lipca 2021 r., a w konsekwencji zaniechaniu ujawnienia ww. dokumentów, Odwołujący wskazał, że na skutek nieodtajnienia ww. dokumentów Odwołujący nie ma możliwości dokonania oceny czy wobec wykonawcy zachodzą przesłanki wykluczenia o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5, pkt 7 ustawy Pzp, w szczególności czy informacje przedstawione wraz z JEDZ oraz na skutek wezwania z dnia 1 lipca 2021 r. spełniają wymagania określone w art. 110 ustawy Pzp. Ponadto Zamawiający swoim zaniechaniem wręcz uniemożliwił a co najmniej znacząco ograniczył postawienie i odpowiednie uzasadnienie zarzutów związanych z oceną zachowań Zamawiającego w zakresie ziszczenia się wobec Wykonawcy przesłanek wykluczenia o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp, czy też poprawności zastosowania instytucji z art. 110 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w pkt 17 rozdziału XIV pn. Opis sposobu przygotowania oferty oraz wymagania dotyczące składanych oświadczeń i dokumentów SWZ zawarł postanowienia odnoszące się do kwestii, sposobu postępowania z informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa. Rozwiązanie zawarte w pkt 17 rozdziału XIV SWZ stanowią de facto powielenie postanowień art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, wskazują na konieczność dokonania stosownego zastrzeżenia najpóźniej w terminie składania ofert (wraz z przekazywanymi informacjami), oznaczenia informacji stanowiących tajemnicę, wykazania przesłanek określonych w art. 16 UZNK. Wskazuje się również, iż brak uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa będzie powodowało bezskuteczność takiego zastrzeżenia. Dalej Odwołujący wskazał, że wykonawca zastrzegł całą treść: a) oświadczenia załączonego do JEDZ oznaczonego w treści JEDZ jako „zgodnie z załącznikiem tajemnica.przedsiębiorstwa.pdf” wraz z załącznikami; b) wyjaśnień z dnia 4 lipca 2021 r. wraz z załącznikami złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 1 lipca 2021 r., c) wyjaśnień z dnia 27 lipca 2021 r. wraz z załącznikami złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 23 lipca 2021 r.

W ocenie Odwołującego, nawet gdyby uznać, że wykonawca prawidłowo uzasadnił utajnienie, co w niniejszej sprawie jest kwestionowane przez Odwołującego, to dopuszczalne byłoby zastrzeżenie jedynie konkretnych informacji wypełniających przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu UZNK. Wykonawca zastrzegając całość treści dokumentów, co jest praktyką negatywnie ocenianą w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, musi liczyć się z tym, że w przypadku uznania bezzasadności takiego działania odtajnieniu będą podlegały informacje i dokumenty w szerszym zakresie, niż gdyby to Wykonawca działał z należytą starannością. W ocenie Odwołującego nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności ww. dokumentów jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich poprawności, a w konsekwencji weryfikacji działań Zamawiającego polegających na ocenie oferty i oświadczeń złożonych wraz z ofertą w szczególności w zakresie braku podstaw wykluczenia z postępowania, weryfikacji poprawności oceny materiału self- cleaning o jakim mowa w art. 110 ustawy Pzp, wyjaśnień przedłożonych w odpowiedzi na wezwania w zakresie ww. materiału czy też wyjaśnień związanych z okolicznościami mającymi znaczenie dla subsumpcji przepisu art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp. Nie można uznać skutecznego zastrzeżenia które odbywa się bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek z UZNK, w szczególności bez wykazania zaistnienia owych przesłanek. Utrzymanie takiego zastrzeżenia stanowi naruszenie nie tylko art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp jak również zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji o których mowa w art. 16 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień (art. 18 ust. 1 ustawy Pzp) i może doznać ograniczenia tylko w przypadkach przewidzianych w ustawie (art. 18 ust. 2 ustawy Pzp). Za jeden z takich przypadków ustawodawca uznał zastrzeżenie przez wykonawcę określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa (art. 18 ust. 3 ustawy Pzp). Zastrzeżenie każdej informacji musi być precyzyjnie uzasadnione. Zamawiający natomiast mają obowiązek wnikliwego badania zasadności każdego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tak aby zasada jawności postępowania doznawała ograniczeń tylko w sytuacjach uzasadnionych. Na skutek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zasada jawności doznaje bowiem znacznego ograniczenia, uniemożliwiając często innym, uczestnikom postępowania skuteczne dochodzenie praw np. poprzez wniesienie odwołania. Dlatego też zarówno w doktrynie prawa, jak i w orzecznictwie, spełnienie przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oceniane jest bardzo rygorystycznie. Odwołujący wskazał, że podstawę prawną zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowią przepisy art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK w zw. z art. 11 ust. 4 UZNK w zw. z art. 11 ust. 1 UZNK. Zgodnie z tymi przepisami 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. Czynem

nieuczciwej konkurencji jest ujawnienie, wykorzystanie lub pozyskanie cudzych informacji

stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Mając na uwadze treść UZNK określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa jeżeli spełniają łącznie następujące warunki: 1. mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub inny charakter, ale posiadający wartość gospodarczą; 2. jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów, nie są powszechnie znane osobom, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób; 3. podjęto w stosunku do nich uzasadnione w danych okolicznościach działania w celu zachowania jej w poufności. Odwołujący wskazał, że wykonawca w pierwszej kolejności musi precyzyjnie w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji wykazać wszystkie trzy ww. przesłanki. W szczególności opisać jaki to walor gospodarczy posiadają zastrzegane informacje. Na uwagę zasługuje również fakt, iż nawet jeśli dane informacje spełniają element omówione powyżej, to do ich skutecznego zastrzeżenia niezbędne jest wykazanie tego przez wykonawcę. Odwołujący wskazał, że aby dokonane zastrzeżenie było skuteczne musi ono w momencie składania informacji zawierać pełną argumentację wskazującą, że przedstawione Zamawiającemu informacje spełniają przesłanki ustawowe. W ocenie Odwołującego wykonawca nie podołał tym wymaganiom. Odwołujący podniósł, że wielokrotnie zwraca się w orzecznictwie uwagę, że moment skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ma o tyle istotne znaczenie, że nie jest dopuszczalne wyjaśnianie, czy też uzupełnianie wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w przypadku gdy wykonawca poprzestanie jedynie na wskazaniu, które informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, czy też w przypadku gdy wykonawca nie wykaże zasadności takiego zastrzeżenia, bądź też gdy takie wykazanie będzie lakoniczne czy też niepełne (por. wyrok KIO z dnia 14 września 2015 r. sygn. KIO

1809/15 oraz wyrok KIO z dnia 27 kwietnia 2017 r. sygn. akt: KIO 687/17). Tym samym

wykonawca utracił możliwość ochrony tych informacji, gdyż nie dokonał ich skutecznego zastrzeżenia w odpowiednim momencie procedury ubiegania się o zamówienie. Biorąc pod uwagę powyższe informacje te powinny, zgodnie z zasadą jawności postępowania, zostać udostępnione pozostałym wykonawcom, w tym Odwołującemu. Wykonawca nie wykazał, aby zastrzeżone informacje posiadały jakąkolwiek wartość gospodarczą. Podkreślić należy, iż ratio legis art. 18 ustawy Pzp, który uprawnia wykonawców do zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa z jednej strony, z drugiej zaś nakłada obowiązek w postaci wykazania skuteczności takiego zastrzeżenia, było ograniczenie nadużywania przez wykonawców ww. instytucji w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów spełniania wymagań postawionych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jak wynika z przywołanego przepisu, to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z kolei

Obowiązkiem Zamawiającego jest zbadanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę i podjęcie stosownych działań w zależności od wyniku tej analizy. Odwołujący wskazał, że zgodnie z orzecznictwem KIO sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. (por. wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2019 r. - sygn. akt: KIO 2284/19 oraz KIO 2288/19). W ocenie Odwołującego użyte w art. 18 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, prowadzące się de facto do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej z art. 11 ust. 2 UZNK i deklaracja, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki. W końcu wskazać należy, iż zaniedbanie wykonawcy przejawiające się w braku łącznego wykazania przesłanek, o których mowa powyżej, obciąża wykonawcę zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa i zwalnia tym samym zamawiającego z obowiązku zachowania określonych informacji w poufności.

W ocenie Odwołującego, w niniejszym stanie faktycznym, Zamawiający powinien zweryfikować czy wykonawca dokonując zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w jego treści wyspecyfikował powody dla których poszczególne informacje zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa jak również czy załączył dowody potwierdzające podjęcie działań zmierzających do zachowania informacji w poufności, za takie dowody uznaje się między innymi umowy zawierające klauzulę o poufności, polityki prywatności, umowy z pracownikami zawierające klauzule o zachowaniu poufności jak również zarządzenia wewnętrzne odnoszące się do sposobu ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Niezałączenie żadnych dowodów powoduje, iż nie została wykazana przesłanka 2 i 3 z art. 11 UZNK, a w konsekwencji informacje nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał, iż wykonawca przedstawił ogólne, lakoniczne, sztamkowe uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżenia, które w żaden sposób nie dotyczą specyfiki i, przedmiotu zastrzeganych informacji, dodatkowo są tożsame treściowo. Odwołujący wskazał, że z treści uzasadnienia zastrzeżenia z dnia 29 czerwca 2021 r. wynika, że będące przedmiotem zastrzeżenia „dokumenty i zawarte w nich informacje zostały opracowane z uwzględnieniem danych zawartych w SWZ w tym w szczególności z uwzględnieniem potrzeb Zamawiającego, jednakże z uwagi na brak zawartych w SWZ gotowych lub narzuconych

rozwiązań, stanowią, autorską koncepcję i opracowanie Wykonawcy. (...) Informacje te stanowią odzwierciedlenie własnego i zindywidualizowanego pomysłu wykonawcy oraz koncepcji realizacji usług, przygotowanego i opracowanego przez uczestników konsorcjum. Informacje te (koncepcja — rozwiązanie) są niepowtarzalne, ponieważ zostały wytworzone pod kątem danego Zamawiającego, jego potrzeb i preferencji zidentyfikowanych w oparciu o konkretny opis przedmiotu zamówienia oraz przy uwzględnieniu wiedzy i doświadczenia członków konsorcjum z zakresu organizacji usług porządkowo- czystościowych w szpitalnictwie. (...). Długoletnie doświadczenie w branży utrzymania czystości, będące elementem wartości naszych firm, pozwala na stworzenie profesjonalnych, nowoczesnych i ekonomicznych rozwiązań w zakresie planu, koncepcji, organizacji oraz struktury usług, które mają charakter zindywidualizowany oraz dostosowany do potrzeb danego Zamawiającego.” W kolejnych zdaniach owego zastrzeżenia wykonawca opisuje swoje doświadczenie, podnosi iż „ należyta realizacją zadań przez Zamawiającego jest uwarunkowana rzetelnym planem organizacji usługi” itd. Wykonawca podnosi, iż dokumenty zostały przygotowane wyłącznie pod kątem realizacji usługi przedmiotu zamówienia w tymże postępowaniu przetargowym, opracowane przy uwzględnieniu potrzeb Zamawiającego i wyłącznie na te potrzeby. W dalszej części podnosi, iż zastrzegane informacje podlegają ocenie w kryterium oceny ofert co nie wyklucza możliwości ich zastrzeżenia. Powyższe uwagi o tożsamer treści znajdują się zarówno w piśmie z dnia 29 czerwca 2021. jak i w piśmie z dnia 4 lipca 2021 r. Odwołujący wskazał, że oba pisma różnią się między sobą dwoma akapitami. Ponadto pismo z dnia 4 lipca 2021 r. jest uboższe wobec pisma z dnia 29 czerwca 2021 r. jedynie o ostatni akapit znajdujący się na pierwszej stronie pisma z dnia 29 czerwca 2021 r. W pozostałym zakresie treści pism jest tożsama. Pismo z dnia 27 lipca 2021 r. stanowi skróconą wersję pisma z dnia 29 czerwca 2021 r., nie zawiera nowej argumentacji w zakresie wykazania przesłanek z art. 11 ust. 2 UZNK. Już powyższe okoliczności tj. sztamkowy charakter uzasadnienia stosowany w przypadku zastrzegania różnych informacji stanowi podstawę do uznania, iż zastrzeżenie informacji zostało dokonane nieskutecznie. Przede wszystkim zaś za takim stwierdzeniem przesądza fakt, iż zastrzeżenia, mimo pozornego wskazania we wstępnej części iż dotyczą postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, w ogóle nie dotyczą merytorycznych zastrzeganych informacji. Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniach jest mowa, iż zastrzegana jest koncepcja realizacji usługi podlegająca ocenie w kryterium oceny ofert. Nie ma ani słowa odnoszącego się do faktu, iż przedmiotem zastrzeżenia jest materiał self - cleaning, wyjaśnienia do niego bądź wyjaśnienia w zakresie okoliczności skutkujących odstąpieniem od umowy zawartej z ZUS Oddział w Gdańsku. Na uwagę zasługuje fakt, iż w przypadku załącznika do JEDZ — materiału self cleaning wykonawca zastrzegł wszystko, nawet nazwę Zamawiającego publicznego na rzecz którego była realizowana umowa czyli informacje, stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał, że w ogóle nieprecyzyjnie wskazane są zastrzegane dokumenty. Fakt rodzaju zastrzeganych dokumentów w postaci spisu załączników nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca powinien jednoznacznie i precyzyjnie wskazać jakie to dokumenty i w jakim zakresie zastrzega, czego

w ocenie Odwołującego nie dokonał w niniejszej sprawie.

W ocenie Odwołującego przedstawione przez wykonawcę uzasadnienia odnoszą się innych postępowań. Zastrzeżenia, które było przedmiotem oceny przez KIO w wyroku z dnia 20 lipca 2021 r. wydanego w sprawie KIO 1530/21. I tak akapit trzecie na stronie 1 pisma z dnia

9 czerwca 2021 r.: „informacje wytworzone indywidualnie dla potrzeb przedmiotowego postępowania i nigdy nie były ujawniane do wiadomości publicznej oraz nie jest wolą Wykonawcy ujawnianie ich na zewnątrz. Nie są one również dostępne drogą zwykłą i dozwoloną, a dostęp do nich mają jedynie podmioty, których te informacje dotyczą. Wykonawca wskazuje, iż informacje te nie są udostępniane w jakichkolwiek dostępnych publicznie materiałach, a system informatycznym w którym są przechowywane, został zabezpieczony” - to powielenie treści zastrzeżeń innego wykonawcy opisanych pkt I na stronie 15 wyroku w sprawie KIO 1530/21. Odwołujący wskazał, że informacje zawarte w kolejnym zdaniu na stronie 1 pisma z dnia 29 czerwca 2021 r. od słów „Wykonawca informuje, że w przedsiębiorstwach konsorcjantów” do słów „obejmuje również jego pracowników i osoby z nim współpracujące” to powielenie treści zastrzeżeń innego wykonawcy opisanych w pkt IC. na str. 16 wyroku KIO 1530/21. Informacje ze strony 3 zaczynające się od słów „zastrzeżone dokumenty zostały przygotowane wyłącznie pod kątem realizacji” do słów „sygn. akt KIO 277/12)” to powielenie zastrzeżeń innego wykonawcy opisanych w pkt III str. 16 wyroku KIO 1530/21. Zdanie „Wykonawca pragnie podkreślić, że informacje podane w powyższych wyjaśnieniach, zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa należy oceniać łącznie, jako powiązane ze sobą. elementy jednego projektu oferującego szczegółowe rozwiązania techniczne dla osiągnięcia funkcjonalności określonej przez Zamawiającego” odpowiada treści zastrzeżeń innego wykonawcy. opisanych w ostatnim zdaniu pkt III na stronie 16 wyroku KIO 1530/21. Dwa ostatnie akapity pisma z dnia 29 czerwca 2021 r. to odpowiednio zastrzeżenia innego Wykonawcy opisane w pkt VI i VII na stronie 18 wyroku KIO 1530/21. W zakresie w jakim pozostałe zastrzeżenia dokonane w niniejszym postępowaniu powielają pisma z dnia 29 czerwca 2021 r. powielają one również treść ww. zastrzeżeń stosowanych przez innego wykonawcę w innej branży - ochrony osób i mienia i, dla wykazania skuteczności zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W przywołanym wyroku KIO wskazała, dlaczego tego rodzaju zastrzeżenia nie spełniają wymagań określonych w ustawie Pzp i nie mogą stanowić skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również potwierdziła poczynione w niniejszym odwołaniu uwagi co do momentu w którym Wykonawca zobowiązany był przedstawić pełne zastrzeżenia poparte dowodami, jak i skutków braku skuteczności zastrzeżenia informacji.

W ocenie Odwołującego w niniejszym stanie faktycznym wykonawca sporządził uzasadnienie zastrzeżenia zupełnie innych informacji niż te które chciał zastrzec tj. przedstawił uzasadnienia zastrzeżenia koncepcji realizacji usługi podlegającej ocenie w kryterium oceny ofert. Nie opisuje w czym upatruje wartość gospodarczą. W ocenie Odwołującego nie można uznać za trafną argumentację, że powodem dla którego należy uznać informacje zawarte w ww. dokumentach jest fakt, iż powstały one na potrzeby tego konkretnego postępowania, gdyż self - cleaning jest dokumentem który będzie przedstawiany w każdym postępowaniu, w którym wykonawca będzie brał udział, wyjaśnienia zaś zawsze powstają w odpowiedzi na wezwania wykonawcy i owa okoliczność sama z siebie nie przesądza, że podlegają zastrzeżeniu. W ocenie Odwołującego wykonawca nie opisał i nie wykazał wystąpienia okoliczności, które pozwalały by na uznanie że sporządzone przez niego ww. dokumenty są wyjątkowe, posiadają wartość gospodarczą jaka to jest konkretnie wartość, jakie Wykonawca osiągnie wyjątkowe korzyści z ich zastrzeżenia. Wykonawca nie wyjaśnił w jaki sposób zabezpieczył systemy informatyczne, nie opisał na czym polega specyficzna organizacja pracy zespołów projektowych, nie przedstawił żadnych dowodów na wykazanie odpowiedniej organizacji pracy zespołów projektowych, ograniczenia ilości osób mających dostęp do danych technicznych, technologicznych, zabezpieczeniu nośników tajnych informacji, wdrożeniu wewnętrznych regulacji określających zasady bezpieczeństwa informacji, zaniechaniu publikacji danych dotyczących nowych produktów w pismach branżowych bądź ograniczeniu ich treści, zawieraniu umów o zachowaniu poufności z kontrahentami, które obejmują również jego pracowników i osoby współpracujące. Brak jest przywołania treści owych klauzul o poufności, przedłożenia dowodów że w ogóle istnieją, brak jest przywołania postanowień regulacji wewnętrznych w zakresie, polityki prywatności i przedstawienia takiego dokumentu. Na tej podstawie nie sposób stwierdzić jaka była treść owych klauzul poufności, umów o zakazie konkurencji, wewnętrznych regulacji oraz jakie były sankcje za naruszenie powyższego zakazu przez pracownika czy partnera biznesowego. Wykonawca pisze iż dokonał zabezpieczenia nośników informacji utajnionych, nie wskazuje jakie konkretnie czynności techniczne zostały podjęte celem ochrony informacji. Mając na względzie powyższe okoliczności nie sposób uznać, że wykonawca opisał i wykazał metody oraz podejmowane przez niego środki w celu zachowania określonych informacji jako poufnych.

W ocenie Odwołującego powyższe zaniechania wykonawcy uniemożliwiły ustalenie, czy środki stosowane przez wykonawcę są skuteczne i rzeczywiście mogłyby być one uznane za działania wystarczające do zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. Wykonawca nie odniósł się w sposób zindywidualizowany do wartości gospodarczej zastrzeżonych dokumentów i informacji w nich zawartych, na co wskazywano już powyżej. W ocenie Odwołującego wykonawca nie wyjaśnił, w jaki sposób zostanie zaburzona konkurencja na rynku w przypadku ujawnienia zastrzeżonych w tym postępowaniu konkretnych informacji oraz danych, skoro inne podmioty zamawiające stawiają właściwe dla ich potrzeb wymogi zamówienia. Samo stwierdzenie, że Informacje stanowią wiedzę, która posłużyć może innym, zwłaszcza konkurencyjnym podmiotom w celu osiągnięcia bliżej nie określonych korzyści gospodarczych, nie jest - w ocenie Odwołującego - wystarczające dla wykazania przesłanki wartości gospodarczej. Wartość gospodarcza musi mieć walory obiektywne co oznacza, że samo przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji nie jest wystarczające. Tak jak nie jest wystraszająca wola Wykonawcy do dokonania zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa bez prawidłowego, pełnego opisanie i wykazania okoliczności odpowiadających ziszczeniu się przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy znk. Wykonawca nigdzie nie precyzuje na czym miałyby polegać szkoda powstała z ujawnienia zastrzeganych informacji i jaki przybrałaby ona wymiar. Wykonawca pozostaje również w błędzie co do zasadności zastrzeżenia treści wyjaśnienia z dnia 27 lipca 2021 r. jako nie stanowiących domenę publiczną. W tym miejscu Odwołujący wskazał, iż uchybienia jakich dopuścił się wykonawca w związku z realizacją umowy na rzecz ZUS w Gdańsku są elementem domeny publicznej, gdyż dotyczą realizacji umowy w trybie zamówienia publicznego i należytego gospodarowania środkami publicznymi. Informacje o treści łączącej strony umowy, odstąpienia od umowy, naliczonych kar umownych oraz faktu, iż wykonawca nie naprawił szkody wyrządzonej nienależytym wykonaniem umowy Odwołujący pozyskał od Zamawiającego w trybie dostępu do informacji publicznej. Potwierdzenie się zarzutów odwołania dotyczących zastrzeganych przez wykonawcę, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, musi skutkować unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego ziszczenia się przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp w kontekście przedstawionego oświadczenia o niepodleganiu JEDZ, materiału samooczyszczenia przedstawionego w formie osobnego dokumentu załączonego do JEDZ oznaczonego w treści JEDZ jako „zgodnie z załącznikiem

tajemnica.przedsiębiorstwa.pdf” wraz załącznikami, Odwołujący wskazał, iż możliwość pełnego postawienia zarzutów została ograniczona na skutek utajnienia przez Zamawiającego treści materiału self - cleaning. Jednakże, Odwołujący wskazał, że analizując treść wezwania z dnia 1 lipca 2021 r., którą Zamawiający udostępnił

Odwołującemu dojdź należy do wniosku, iż wykonawca nie przedstawił wraz z JEDZ składanym w odniesieniu do S4H Sp. z o.o. wyczerpującego materiału self - cleaning, o którym mowa w art. 110 ustawy Pzp, który byłby wystarczający do wykazania rzetelności wykonawcy. Taki obowiązek ciąży na wykonawcy jako profesjonalistcie zgodnie z ustawą Pzp (por. wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2018 r., KIO 1102/18). Powyższy wyprowadzić należy właśnie z faktu (notabene nieuprawnionego) wygenerowania przez Zamawiającego wezwania z dnia 1 lipca 2021 r. Treść wezwania sugeruje, iż wykonawca nie spełnił ciężącego na nim obowiązku złożenia wraz z JEDZ pełnego, kompletnego i wyczerpującego materiału self - cleaning. Na podstawie dostarczonego self - cleaningu Zamawiający nie był w stanie ocenić faktów i okoliczności związanych z nieprawidłowym postępowaniem jak również faktu naprawienia szkody. Tym samym nie mógł dokonać oceny czy podjęte przez S4H sp. z o.o. czynności są wystarczające do wykazania jego rzetelności, a tym samym czy Wykonawca nie podlega wykluczenia z postępowania. W ocenie Odwołującego, określona w ustawie Pzp procedura postępowania od której zależy możliwość uchylenia się od wykluczenia z postępowania to: wykonawca przedstawia z własnej inicjatywy wraz z JEDZ pełny kompletny materiał self - cleaning zawierający wyczerpujące wyjaśnienie faktu i okoliczności uchybień wobec których ziszczają się przesłanki wykluczenia. Następnie Zamawiający: „ocenia, czy wykonawca udowodnił środki podjęte w celu wykazania jego rzetelności. Zamawiający musi zatem ocenić wiarygodność i moc dowodów oraz ustalić fakty. W przypadku środków naprawczych, o których mowa w art. 110 ust. 2 pkt 1 Pzp, ocena na tym się kończy. Chodzi bowiem wyłącznie o ustalenie, czy wykonawca naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody, co jest kwestią faktu. Natomiast w przypadku działań określonych w art. 110 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp zamawiający musi dodatkowo ocenić, czy są one wystarczające do wykazania jego rzetelności. Podjęte środki są wystarczające do wykazania rzetelności, jeżeli oferują wystarczające gwarancje (por. motyw 102 preambuły dyrektywy klasycznej), że wykonawca nie popełni w przyszłości przestępstwa, wykroczenia lub innego nieprawidłowego postępowania.” Odwołujący wskazał, iż wobec treści wezwania z dnia 1 lipca 2021 r. powyższa procedura w niniejszej sprawie nie została zachowana. Ponadto jak wynika z treści ww. wezwania Zamawiający prosi o przesłanie kopii oświadczenia wykonawcy o zobowiązaniu do zapłaty kary umownej 3/48. Odwołujący wskazał, że wobec

nieznajomości treści materiału self - cleaning trudno dociec czy wykonawca opisał w jego treści, że posiada takowe zobowiązanie, ale go nie przedstawił Zamawiającemu jako załącznika czy też Zamawiający sam z siebie analizując treść art. 110 ustawy Pzp widząc brak jednego z koniecznych elementów zapytuje Wykonawcę o owe zobowiązanie. W ocenie Odwołującego w każdym z tych dwóch przypadków efekt jest ten sam, przedłożony materiał self - cleaning był niewystarczający do oceny wiarygodności S4H sp. z o.o. Zamawiający nie był uprawniony do skierowania wezwania, nie mógł również brać pod uwagę informacji uzyskanych w wyniku wykonania wezwania.

Ponadto Odwołujący wskazał, że z kwestią zobowiązania do naprawienia szkody łączy się w niniejszej sprawie jeszcze jeden aspekt. W ocenie Odwołującego zobowiązanie do naprawienia szkody musi przybrać formę zobowiązania dwustronnego w szczególności umowy, porozumienia, ugody „Zgodnie z art. 110 ust. 2 pkt 1 Pzp wykonawca musi naprawić lub zobowiązać się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne. Przepis wymaga naprawienia szkody lub zobowiązania się do naprawienia szkody. Obydwa przypadki są równoważne. Zobowiązanie do naprawienia szkody może mieć różne postacie. W grę wchodzi zwłaszcza uznanie długu w drodze umowy zawartej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, w której strony ustalają, że istnieje pomiędzy nimi dług o określonej wysokości i terminie płatności (uznanie właściwe). Uznanie właściwe obejmuje oświadczenie woli zobowiązanego, w którym potwierdza on istnienie swojego obowiązku i zobowiązuje się ponownie do jego realizacji. Umową uznania długu jest również ugoda (art. 917 i n. KC). Natomiast nie jest objęte art. 110 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp uznanie niewłaściwe będące każdym innym zachowaniem dłużnika, z którego wynika świadomość istnienia długu oraz obowiązku jego zapłaty (np. prośba o prolongatę zadłużenia, rozłożenie na raty). Uznanie niewłaściwe jest oświadczeniem wiedzy zobowiązanego, a zatem nie wywołuje wymaganego przez ustawę skutku zobowiązującego. Analiza powinna być dokonana przez zamawiającego na podstawie dowodów przedstawionych przez wykonawcę. Należy bowiem przypomnieć, że wśród środków, jakie powinien podjąć wykonawca w celu wykazania swojej rzetelności, znajduje się dostarczenie dowodu, że zrekompensował on wszelkie szkody spowodowane popełnionym przestępstwem lub wykroczeniem lub zobowiązał się do ich rekompensaty. W ocenie Odwołującego jeśli wykonawca nie przedstawi takich dowodów lub przedstawione dowody będą niekompletne, w tym dobrane stronniczo - nie zostanie spełniona konieczna przesłanka samooczyszczenia dotycząca aktywnej współpracy wykonawcy z zamawiającym przy wyjaśnianiu faktów i okoliczności związanych z przestępstwem, wykroczeniem lub nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, o której mowa w art. 110 ust. 2 pkt 2 Pzp.” Jeżeli w treści wezwania jest mowa o przesłaniu kopii oświadczenia wykonawcy o zobowiązaniu do zapłaty, można dojść do przekonania, iż wykonawca przedłożył jednostronne oświadczenie o zobowiązaniu do zapłaty kary umownej. Takie zaś oświadczenie nie spełnia wymagań art. 110 Pzp ergo wykonawca podlega wykluczeniu albowiem nie wykazał, iż podjął czynności wystarczające do wykazania jego rzetelności. Oczywiście przedłożony materiał self - cleaning mógł być wadliwy również z innych względów, których Odwołujący na tym etapie postępowania nie może podnieść wobec utajnienia jego treści.

Dalej Odwołujący wskazał - przechodząc do rozważań w zakresie spełniania przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5 i ust. 7 ustawy Pzp - że podstawowym celem

przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór kontrahenta, który świadcząc usługi, dostawy lub roboty budowlane zaspokoi potrzeby nabywcze zamawiającego. Możliwość urzeczywistnienia tego celu w znacznym stopniu determinuje zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Zweryfikowaniu czy konkretny uczestnik postępowania legitymuje się takimi walorami służą m.in. określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu oraz przesłanki wykluczenia. Wszystko po to, aby w postępowaniu mogli uczestniczyć nie wszyscy wykonawcy, a jedynie tacy, którzy swoimi właściwościami gwarantują odpowiedni poziom pewności, co do rzetelnego i prawidłowego wykonania zamówienia. Przesłanki fakultatywne mogą, ale nie muszą być stosowane przez zamawiającego. Jeżeli jednak zdecydował się on na skorzystanie z przesłanek fakultatywnych, powinien zawrzeć stosowną informację w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Wówczas takie przewidziane przez zamawiającego podstawy wykluczenia stają się obligatoryjne w danym postępowaniu. Oznacza to, że w trakcie badania i oceny ofert zamawiający nie może już zrezygnować z ich zastosowania. Decyzja o stosowaniu przesłanek fakultatywnych nie może być zmieniona po upływie terminu składania wniosków lub ofert, gdyż stanowiłoby to niedozwoloną modyfikację ogłoszenia lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W przypadku podjęcia decyzji o stosowaniu przesłanki fakultatywnej zamawiający będzie zobligowany do jej zastosowania do wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie. W niniejszym postępowaniu Zamawiający w SWZ przewidział fakultatywne przesłanki wykluczania o których mowa w art.

109 ust. 1 pkt 5 i pkt 7 ustawy Pzp. Wobec powyższego Zamawiający zobligowany był do zbadania czy wobec wykonawców nie zachodzą ww. przesłanki wykluczenia. W szczególności wobec wykonawcy w związku z przebiegiem realizacji umowy zawartej w dniu 28 sierpnia 2019 r. pomiędzy Zakładem Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie Oddział w Gdańsku a S4H sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie umowy nr 1072152 (znak sprawy: 100000/271/5/2019-ZAP) sprzątanie i utrzymanie czystości wewnątrz obiektów oraz całoroczne utrzymanie terenów zielonych i utwardzonych w Oddziale ZUS w Gdańsku i podległych terenowych jednostkach organizacyjnych wymienionych w umowie dalej zwaną Umową. dowód: umowa 1072152 z dnia 28.08.2019 r. Zgodnie z przesłanką określoną w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wykluczeniu z postępowania będzie podlegał również wykonawca, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależyte wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. Ustawodawca podał jako jeden z przypadków wypełniających przesłankę wykluczenia ze względu na zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych sytuację, w której wykonawca nie wykonał zamówienia lub wykonał je nienależyte w wyniku działania zamierzonego lub rażącego niedbalstwa. W zakres poważnego naruszenia obowiązków zawodowych wchodzi więc niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, którego źródłem jest umowa, w szczególności umowa w sprawie zamówienia publicznego. Podstawą wykluczenia jest więc stwierdzenie przez Zamawiającego, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia w określonym czasie przed wszczęciem postępowania (wykluczenie może nastąpić w ciągu 3 lat od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia) naruszył w sposób zawiniony obowiązki zawodowe. Pojęcie obowiązków zawodowych w przypadku przywołanego przepisu odnosi się do wykonawcy jako podmiotu, któremu można przypisać brak profesjonalizmu, a nie tylko niesolidność w realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał, że pojęcie winy było wielokrotnie przedmiotem opracowań judykatury i doktryny prawa cywilnego. Odwołujący wskazał, że wina może być kwalifikowana jako umyślna (sprawca chce wywołać określone skutki lub godzi się na ich wystąpienie) lub jako nieumyślna (niedbalstwo, lekkomyślność) — sprawca przewidywał możliwość wystąpienia bezprawnych następstw swego zachowania, lecz bezzasadnie przypuszczał, że ich uniknie lub nawet nie przewidywał możliwości wystąpienia takich skutków, ale powinien i mógł je przewidzieć. Z doktryny prawa cywilnego oraz orzecznictwa generalnie wynika, że z nienależytym wykonaniem zobowiązania mamy do czynienia wtedy, gdy świadczenie jest wprawdzie spełnione, ale nie jest ono prawidłowe, gdyż odbiega w mniejszym albo większym stopniu od świadczenia wymaganego. Innymi słowy o nienależytym spełnieniu świadczenia można mówić wtedy, gdy np. nie zostanie zachowany termin, sposób i jakość wykonania zobowiązania, gdy przedmiot świadczenia będzie niewłaściwy, a także, gdy świadczenie nie zostanie wykonane w całości. Innymi słowy nienależyte wykonanie umowy stanowi przeciwieństwo wykonania umowy w sposób należyty, a więc zgodnie z jego treścią (wynikającą z umowy) i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje, także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Odwołujący wskazał, że niedbalstwo polega na niedołożeniu wymaganej w stosunkach danego rodzaju staranności niezbędnej dla uniknięcia skutku, którego sprawca nie chciał wywołać. W zamówieniach publicznych mamy do czynienia z obrotem profesjonalnym, stąd — też wymagana jest staranność uwzględniająca zawodowy charakter działania wykonawcy. Przy ocenie, czy wykonawca dopuścił się niedbalstwa rażącego, należy wziąć pod uwagę zarówno profesjonalny charakter wykonywanych przez niego czynności, typ stosunków łączących strony, jak i konkretne okoliczności. Rażące niedbalstwo odnoszone jest zaś do naruszenia elementarnych reguł prawidłowego zachowania się w danej sytuacji lub nieprzestrzegania podstawowych zasad ostrożności. Odwołujący wskazał, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy mamy do czynienia z zawinionym poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych, które przyjęło postać niewykonania i nienależytego wykonania w istotnym stopniu umowy o zamówienie publiczne zawartej w 28.08.2019 r. Zdarzenia stanowiące owe naruszenie miały miejsce w okresie listopad 2019 — luty 2020 r. i skutkowały odstąpieniem przez Zamawiającego od umowy z przyczyn leżących po stronie S4H Sp. z o.o. Dowód: 1. odstąpienie od umowy nr 1072152, 2. Pismo z dnia 21.02.2020 r. dotyczące nałożenia kary umownej za odstąpienie od umowy nr 1072152 z dnia 28.08.2019 r., 3. Oświadczenie o potrąceniu z dnia 13 marca 2020 r. Powyższe powoduje, iż zakresy pojęciowe obu podstaw wykluczenia na gruncie niniejszej sprawy krzyżują się i wzajemnie przenikają. Okoliczność ta powoduje, iż poczynione powyżej rozważania teoretyczne w zakresie pojęć niewykonania, nienależytego wykonania, winy, zachowują aktualność również przy analizie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, do rozważenia pozostaje więc tylko kwestia niewykonania lub nienależytego wykonania w znacznym stopniu lub zakresie albo długotrwałego nienależytego wykonywania istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania. „Pojęcie odszkodowania należy interpretować szeroko zgodnie z celem dyrektywy klasycznej („lub inne porównywalne sankcje”). Przez odszkodowanie należy rozumieć nie tylko tradycyjne odszkodowanie, ale także wszelkie jego surrogaty, takie jak kara umowna (art. 483 Kc).” (komentarz do ustawy Pzp opracowany przez UZP). Odwołujący

wskazał, że umowa została rozwiązana po niecałych 4 miesiącach jej realizacji, na skutek mnogości uchybień różnego rodzaju i charakteru. Uchybienia dotyczyły podstawowych kwestii niezbędnych do należytego wykonania umowy, kwestii wynikających również z przepisów powszechnie obowiązującego prawa pracy i przewidzianych w ustawie Pzp klauzul społecznych takich jak niespełnienie wymogu zatrudnienia na umowę o pracę osób realizujących przedmiot zamówienia przez cały okres realizacji zamówienia, ponoszenia przez pracowników kosztów związanych z realizacją umowy w szczególności zatrudnianie pracowników za wynagrodzeniem niższym niż minimalne wynagrodzenie za pracę, niewypłacanie w ogóle wynagrodzenia za pracę, niezgłoszenie i niez uzyskanie zgody zamawiającego ZUS Oddział w Gdańsku na wprowadzenie podwykonawcy (do czego był zobowiązany zgodnie z 18 Umowy), niezapewnienia podstawowych środków higienicznych, środków czystości, środków zapachowych, nierealizowanie obowiązków wynikających wprost z umowy w zakresie wykonywania czynności objętych zakresem umowy niezbędnych do zachowania czystości np. maszynowego mycia posadzek, polerowania posadzek, dezynfekcji aparatów telefonicznych, mycia okien, prania wykładzin, dywanów, mebli tapicerowanych, ścierania kurzy. S4H sp. z o.o. nie spełnił istotnych dla zamawiającego wymagań, które były przewidziane umową oraz SIWZ, te same wady pojawiły się w różnych obiektach i jednostkach podległych ZUS Oddział w Gdańsku. Nie były usuwane mimo wezwań ZUS Oddział w Gdańsku.

Odwołujący wskazał, że celem przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest wyeliminowanie z postępowania wykonawców niewiarygodnych, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień dla konkretnie wskazanego kręgu zamawiających tak dalece uchybili swoim obowiązkom, że podjęcie współpracy z nimi naraża zamawiającego na istotne ryzyko. Przyczyny leżące po stronie wykonawcy, do których odwołał się ustawodawca ww. przepisie, obejmuje swym zakresem szersze spektrum sytuacji, gdyż w jego zakres wchodzi nie tylko zdarzenia, wynikające ze zwykłego niedbalstwa czy lekkomyślności wykonawcy ale również te, których zaistnienie nie miał wpływu wykonawcy. Jak wskazywano w orzecznictwie KIO „przyczyny leżące po stronie nie muszą być zawsze przez niego zawinione, pojęcie „przyczyny leżące po stronie wykonawcy” jest pojęciem szerszym niż pojęcie „wina”, gdyż przyczyny te nie muszą wynikać z winy wykonawcy, ale mogą być również wynikiem działań osób trzecich (zob. wyrok KIO z 17.11.2010 r., KIO 2396/10).

W ocenie Odwołującego przedstawiony stan faktyczny oraz załączone na poparcie twierdzeń dowody prowadzą do wniosku, iż S4H sp. z o.o. dopuścił się niewykonania oraz nienależytego wykonania umowy będącego poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych z własnej winy lub co najem na skutek rażącego niedbalstwa. S4H Sp. z o.o. w przeszłości wykonywał w sposób nienależyty umowę lub w ogólnie nie realizował części przedmiotu umowy. Nienależyte wykonanie było tak dalece zaawansowane, iż właściwie kwalifikować je należy jako niewykonanie umowy. Nienależyte wykonanie polegało na realizacji usługi w sposób sprzeczny z dokumentacją postępowania i obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa (w szczególności w zakresie zatrudnienia na umowę o pracę oraz wysokości wynagrodzenia należnego pracownikom wykonawcy). Z treści oświadczenia o odstąpieniu od umowy wynika, iż S4H sp. z o.o. wielokrotnie dopuścił się poważnego naruszenia swoich obowiązków zawodowych z własnej winy lub co najmniej na skutek rażącego niedbalstwa. Nienależyte wykonanie polegało na nieprawidłowym, niepełnym, sprzecznym z umową oraz opisem przedmiotu zamówienia świadczeniem usługi, przeznaczeniem do realizacji usługi mniejszej ilości środków czystości, higienicznych i ich nieuzupełnianiu na bieżąco jak również na skutek uwag zgłoszonych w protokołach kontroli realizacji usługi.

Odwołujący wskazał, że z uwagi na charakter usługi będącej przedmiotem umowy nr 1072152 taki stan rzeczy jaki stworzył S4H sp. z o.o. poprzez braki w środkach higienicznych, środkach myjących, środkach odświeżających, brak dezynfekcji powierzchni, brudne kosze na śmieci, kurz na meblach, brak prania tapicerek, brak czystości w sanitariatach powodowały nie tylko naruszenie postanowień umowy, ale stwarzały uciążliwość w funkcjonowaniu osób pracujących w obiektach sprzątanym przez S4H sp. z o.o., jak również z uwagi na niezachowanie reżimu sanitarnego stwarzały niebezpieczeństwo dla życia i zdrowia pracowników ZUS Oddział w Gdańsku i podległych jednostek. Dowód: 1. Oświadczenie od umowy nr 1072152, 2. Umowa nr 1072152 z dnia 28.08.2019 r., 3. Pismo z dnia 20 grudnia 2019r w przedmiocie naliczenia kar umownych za nienależyte wykonanie usług wraz z kopią protokołu wykonania usługi, 4. Pismo z dnia 27 stycznia 2020 r. w przedmiocie naliczenia kar umownych za nienależyte wykonanie usług wraz z kopią protokołu wykonania usługi. W ocenie Odwołującego, fakt braku zatrudnienia na umowę o pracę, niewypłacenie należnego pracownikowi wynagrodzenia za pracę czy też zatrudnienie na kwoty mniejsze niż minimalne wynagrodzenie za pracę obok innych wielokrotnych uchybień w należyłym wykonaniu przedmiotu umowy wskazuje na umyślność działania S4H

sp. z o.o., trudno bowiem uznać, iż taka sytuacja spowodowana była jedynie rażącym niedbalstwem.

Odwołujący dalej wskazał, że w dniu 28 sierpnia 2019 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie Oddział w Gdańsku zawarł z S4H sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie umowę nr 1072152 (znak sprawy: 100000/271/5/2019-ZAP) na sprzątanie i utrzymanie czystości wewnątrz obiektów oraz całoroczne utrzymanie terenów zielonych i utwardzonych w Oddziale ZUS w Gdańsku i podległych terenowych jednostkach organizacyjnych wymienionych w umowie dalej zwaną Umową. Termin obowiązywania Umowy przewidziano na czas określony od dnia jej zawarcia, lecz nie wcześniej niż 27 października 2019 r. do dnia 30 listopada 2021 r. Zamówienie zostało udzielone po przeprowadzeniu postępowania przetargowego w trybie przetargu nieograniczonego. Przedmiotem łączącej strony umowy było sprzątanie i utrzymanie czystości wewnątrz obiektów oraz całoroczne utrzymanie terenów zielonych i utwardzonych w Oddziale ZUS w Gdańsku i podległych terenowych

jednostkach organizacyjnych wymienionych w punkcie 2 Umowy. Istotnym z punktu

widzenia uchybień jakich dopuścił się S4H sp. z o.o. był w szczególności §4 Umowy który zawierał wymagania związane ze stosowaniem klauzul społecznych jak również w ustępie 5 regulował szczegółowe kwestie związane z przedstawieniem przez S4H sp. z o.o. na wezwanie ZUS Oddział w Gdańsku określonych dokumentów na potwierdzenie umów o pracę, atestów, stosowania środków czystości, dostarczania środków higieny o właściwych parametrach. Umowy precyzował zaś obowiązki S4H sp. z o.o. związane z realizacją

Umowy. Pismem z dnia 14 lutego 2020 r. ZUS w Warszawie Oddział w Gdańsku odstąpił od umowy nr 1072152 z dnia 28 sierpnia 2019 r. Uzasadniając swoją decyzję Zamawiający wskazał, iż: działa na podstawie 13 ust. 1 pkt 2,3 i 6 Umowy, odstępuje z uwagi na następujące naruszenia: 1. niespełniony wymóg zatrudnienia przez Wykonawcę na podstawie umowy o pracę (w rozumieniu Kodeksu Pracy) nie mniej niż 99 osób (w przeliczeniu na etaty — 91,75 etatów) wykonujących przedmiot umowy przez cały okres realizacji umowy; 2. przypadki ponoszenia przez pracownika kosztów związanych z realizacją umowy, Zamawiający przeprowadził kontrolę na podstawie §4 ust. 4 pkt 3 umowy celem ustalenia spełnienia przez Wykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób realizujących usługę, za wynagrodzeniem w wysokości nie mniejszej niż minimalne wynagrodzenie za pracę. W wyniku kontroli stwierdzono, że: 1) 52 pracowników przebywających na obiekcie nie otrzymało wynagrodzenia za styczeń 2020 roku, co oświadczyli na piśmie w dniu 11.02.2020 r., 2) 52 pracowników przebywających na obiekcie świadczy prace za wynagrodzeniem mniejszym niż minimalne wynagrodzenie za pracę, co oświadczyli na piśmie w dniu 11.02.2020 roku; 3) jeden z pracowników od 2.01.2020 r. w ogóle nie posiada umowy o pracę. (...) 3. przypadki ponoszenia przez pracownika kosztów związanych z realizacją umowy, W dniu 1 1.02.2020 r. Zamawiający stwierdził, że Pani (...) wskazana przez wykonawcę na liście pracowników i miała wykonywać przedmiot umowy na terenie Inspektoratu Gdańsk- Śródmieście w Gdańsku, nigdy nie świadczyła tej pracy. W czasie, gdy Pani (.) miała świadczyć pracę na terenie Inspektoratu, faktycznie świadczyła ona pracę w innym miejscu. Z powyższego wynika zatem, że wynagrodzenie przeznaczone dla Pani (.) nigdy nie zostało jej wypłacone przez Wykonawcę. Dowodzi to całkowitym braku uczciwości wykonawcy oraz o działaniu niezgodnym z dobrymi obyczajami, w celu obejścia postanowień umowy oraz przepisów prawa, co jest niezgodnie z zasadami współżycia społecznego; 4. Wielokrotnie stwierdzenie nierealizowania przedmiotu umowy oraz nienależytego wykonania przedmiotu umowy przez wykonawcę. W związku z zaistniałą sytuacją Zamawiający nałożył na S4H sp. z o.o. karę umowną w wysokości 1.722.190,50 zł. Następnie Zamawiający potrącił kwotę 287.031,75 zł z tytułu należnego S4H Sp. z o.o. wynagrodzenia. Ostatecznie do zapłaty pozostała kwota 1.435.158, 75 zł, która nie została dotąd uregulowana. W tym miejscu wskazać należy na rodzaj i ciężar stwierdzonych uchybień: Jak zostało to wskazane we wstępnej części uzasadnienia zarzutu nr 2 w orzecznictwie i doktrynie poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych jest naruszenie norm społecznych, czy też prawa PZP związanego z zasadami udzielania zamówienia oraz konkurencyjnością na rynku zamówień. W ocenie Odwołującego z treści Umowy jasno wynika, że dla Zamawiającego niezwykle istotnym elementem była konieczność uwzględnienia w cenie wszelkich kosztów związanych z realizacją zamówienia jak i fakt zatrudnienia na podstawie umów o pracę, stąd w umowie szczegółowe postanowienia odnoszące się do rzeczywistej możliwości zweryfikowania przez ZUS w Gdańsku stosowania przez wykonawcę umów o pracę, a w treści formularza ofertowego pojawiły się oświadczenia o treści: „4. Wynagrodzenie określone w ust. 2 musi zawierać wszelkie koszty związane z wykonaniem umowy, w szczególności koszty zatrudnienia pracowników na umowę o pracę, koszty użytkowania narzędzi, środków czystości, środków ochrony i pielęgnacji roślin, nawozów oraz materiałów niezbędnych do należytego wykonywania przedmiotu umowy, koszty środków higienicznych i sanitarnych, koszty wywozu śniegu, wywozu i utylizacji liści i igliwia, koszty ubezpieczenia i inne nie wymienione opłaty, które mogą wystąpić przy realizacji przedmiotu umowy (zysk, narzuty, podatki, w tym podatek od towarów i usług oraz

pozostałe składniki cenotwórcze). 7. Oświadczam, że osoby zatrudnione przez Wykonawcy lub Podwykonawcy nie mniej niż 101 osób (w przeliczeniu na etaty — 91,750 etatów) na podstawie umowy o pracę, w sposób określony w art. 221 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. 2018 r. poz. 917 ze zm.); za wynagrodzeniem w wysokości nie mniejszej niż minimalne wynagrodzenie za pracę - ustalone na podstawie art. 6 - 8 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz. U. z 2018; poz. 2177), które w ramach realizacji zamówienia będą wykonywać określone w Opisie Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 1a do SIWZ) czynności codziennego, okresowego oraz doraźnego sprzątnięcia i utrzymania czystości wewnątrz obiektów oraz utrzymania terenów zewnętrznych (zielonych i utwardzonych), z wyłączeniem czynności wskazanych w pkt. A.6 Opisu przedmiotu zamówienia — Załącznik nr 1a do SIWZ. 8. Oświadczam, iż zapoznałem się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ, nie wnoszę zastrzeżeń do jej treści i zobowiązuje się do ścisłego przestrzegania warunków w niej określonych, a zwłaszcza akceptuje warunki dotyczące warunków płatności, tj. zapłata za realizację przedmiotu zamówienia, odbędzie się na warunkach określonych we Wzorze Umowy - załącznik nr 7 do SIWZ." Dowód: 1. Wzór formularza ofertowego w postępowaniu znak 100000/271/5/2019-ZAP Uchybienia stwierdzone na obiektach oddanych do dyspozycji S4H sp. z o.o. to: brak ręczników papierowych, brak mydła do mycia rąk, brak środków czystości, worków na śmieci, brak środków zapachowych do toalet, nienależyte wykonanie czyszczenia posadzek na korytarzach, brak maszynowego mycia posadzek twardych brak polerowania posadzek kamiennych, dezynfekcji aparatów telefonicznych, brak mycia okien, brak prania dywanów, wykładzin, mebli tapicerowanych, niedomyte podłogi, brudne drzwi wejściowe do pomieszczeń, zakurzone listwy przypodłogowe, zakurzone regały w magazynach, brudne kosze na śmieci, kurz na szafkach, meblach, drukarkach, niedokładne czyszczenie biurka, brudne pojemniki na mydło, podajniki ręczników papierowych, brudne ściany i drzwi kabin, brudne kosze na odpady higieniczne oraz grzejniki, pajęczyny, brudne klatki wentylacyjne, brak czyszczenia i mycia daszków zewnętrznych i zadaszeń, nieusuwanie nieczystości z dachów i zadaszeń, brak czyszczenia zapewniającego drożność rynien i rur spustowych, brak czyszczenia maszynowego schodów, mycia opraw oświetleniowych, brak czystych ściepek do czyszczenia, maszynowe czyszczenie schodów, klatek schodowych, brak maszynowego mycia posadzek z żywicy epoksydowej. Najczęstsze

uchybień dotyczą braku maszynowego czyszczenia posadzek twardych w ogóle lub z odpowiednią częstotliwością w szczególności na korytarzach, holach i Sali obsługi klienta. Opisane powyżej okoliczności faktyczne w ocenie Odwołującego prowadzą do wniosku, iż S4H Sp. z o.o. nie dysponował odpowiednim potencjałem osobowym oraz technicznym zadeklarowanym w przedłożonych Zamawiającemu w toku postępowaniu dokumentach. Wykonawca nie był przygotowany i odpowiednio zorganizowany do wykonywania usługi. W konsekwencji wykonywał ją nienależycie, bez wymaganego zasobu ludzi i środków, niezgodnie z umową. Na skutek jego działania Zamawiający zmuszony był od umowy odstąpić. Pomimo wezwań ze strony Zamawiającego S4H sp. z o.o. nie zaprzestał nienależytego wykonywania umowy. S4H sp. z o.o. doskonale znał obowiązki wynikające z uzyskanego zamówienia publicznego. Zamawiający w dokumentacji postępowania w szczególności projekcie umowy i SIWZ szczegółowo określił wymagania w zakresie zatrudnienia na umowę o pracę czy rodzaju i częstotliwości prac. Sposób organizacji pracy bez odpowiedniego zaplecza sprzętowo materiałowego, nieprzestrzeganie postanowień kodeksu pracy i rozporządzeń w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę i wyposażenia pomimo jasnych warunków świadczenia określonych w SIWZ jednoznacznie wskazuje na działanie umyślne. W ocenie Odwołującego taka postawa podważa wiarygodność (uczciwość) wykonawcy co do możliwości należytego wykonania umowy. Dowód: umowa nr 1072152 z dnia 28.08.2019 r. Oceniając okoliczności niniejszej sprawy należy mieć na uwadze, iż S4H sp. z o.o. powinien działać jako profesjonalista. Model należytej staranności do którego przyrównuje się zachowanie wykonawcy zakłada zorganizowanie w obrocie gospodarczym, zwiększone oczekiwania co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności oraz zdolność przewidywania. W niniejszej sprawie Zamawiający powziął informację dotyczącą realizacji umowy nr 1072152 z dnia 28.08.2019 r., spełniającą przesłanki do wykluczenia S4H sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp, w konsekwencji czego wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w tym przedmiocie. Nadmienić należy, iż nie ma znaczenia dla wyniku postępowania wskazanie przez Zamawiającego podstawy prawnej żądania wyjaśnień zamiast art. 223 ustawy Pzp powinien zastosować art. 128 ust. 4 ustawy Pzp oraz brak wyrażonego pouczenia o możliwości złożenia self cleaningu. Kategorycznie stwierdzenia zawarta w przywołanym wezwaniu: „w związku z uzyskaniem informacji o nienależytym wykonaniu umowy, co rodzi skutki prawne na gruncie nowej ustawy Prawo Zamówień Publicznych, w zakresie zaistnienia podstaw do odrzucenia oparty na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i pkt 7 Zamawiający żąda od Wykonawcy wyjaśnień w kontekście odstąpienia od

Umowy nr ...” wprost wskazywała na okoliczność rozpoczęcia przez Zamawiającego inicjatywy w zakresie ewentualnego self cleaningu. W ocenie Zamawiającego informacje, które posiadał dawały podstawę do wykluczenia. W kontekście powyższego jako całkowicie niezrozumiałe, błędne i nieracjonalne jawi się dalsze zachowanie Zamawiającego, który

poprzestaje jedynie na formalnym wezwaniu Wykonawcy do wyjaśnień. W ocenie Odwołującego mając takie podejście wyjściowe, które przesądziło o kształcie wezwania i zawartych w nich informacjach, Zamawiający nie podejmuje dalszych czynności pozwalających mu na rzetelność, rzetelną, pełną, samodzielną ocenę sytuacji wykonawcy w kontekście ziszczenia się przesłanek wykluczenia z udziału w postępowaniu, w szczególności nie podejmuje działań, które pozwoliłyby Zamawiającemu wyposażyć się w wiedzę o rzeczywistym przebiegu realizacji przez Wykonawcę usługi oraz o naprawieniu wyrządzonej szkody. W ocenie Odwołującego co najmniej zasadnym było równoległe wystąpienie do ZUS Oddział w Gdańsku o uzyskanie szczegółowych informacji i okoliczności stanu faktycznego oraz dokonanej zapłaty naliczonej kary umownej (zryczałtowanego odszkodowania), które pozwoliłyby Zamawiającemu na rzetelność ocenę ziszczenia się w niniejszej sprawie przesłanek wykluczenia. Zamawiający tym samym jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, mimo iż złożone wyjaśnienia w żaden sposób nie mogły usunąć wątpliwości Zamawiającego leżących u podstaw skierowania do Wykonawcy wezwania. W tym miejscu wskazać należy, iż Wykonawca nie polemizował z zasadnością wezwania, w szczególności nie skorzystał ze środków ochrony prawnej jakimi jest odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. W rozpatrywanym stanie faktycznym, w ocenie Odwołującego; nie jest dopuszczalne wygenerowanie przez Zamawiającego do wykonawcy kolejnego wezwania z żądaniem przedłożenia dokumentów na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, albowiem kwestia ta była przedmiotem procedury sanacyjnej. Co więcej instytucja „samooczyszczenia” polega na tym, że wykonawca, wiedząc i mając świadomość co do tego, iż zaistniały wobec niego przesłanki wykluczenia z postępowania, korzysta z przysługującego mu uprawnienia do udowodnienia zamawiającemu, że podjął on starania w celu wyeliminowania w przyszłości sytuacji, które miały wpływ na zaistnienie wobec niego przesłanki wykluczenia go z możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne. W ocenie Odwołującego, inicjatywa w zakresie wszczęcia procedury samooczyszczenia należy do wykonawcy. To on w pierwszej kolejności powinien wskazać, że zaistniała wobec niego podstawa wykluczenia z postępowania, opisując jednocześnie jakie działania naprawcze podjął w celu wyeliminowania podobnych zdarzeń w przyszłości. Informacje takie winny znaleźć się już w oświadczeniu, składanym na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (np. w JEDZ). O istnieniu podstawy wykluczenia, jak też o podjętych przez wykonawcę działaniach, zamawiający powinien dowiedzieć się bezpośrednio od wykonawcy: Nie można zatem przyjąć za właściwą sytuację, w której zamawiający dowiaduje się od podmiotu trzeciego o zamieszczeniu przez wykonawcę w ofercie nieprawdziwych informacji, następnie w wyniku ich weryfikacji wykonawca przyznaje się do podania nierzetelnych informacji, w następstwie czego; w tej samej procedurze przyznając, że zaistniała wobec niego przesłanka wykluczenia go z postępowania o zamówienie publiczne jednocześnie przedkłada dowody na okoliczność tego, że podjął środki wystarczające wykazaniu jego rzetelności. Takie rozumienie tej instytucji byłoby jej wypaczeniem. Za każdym razem nierzetelny, przedstawiający w ofercie nieprawdziwe informacje wykonawca, broniłby się w taki właśnie sposób, unikając sankcji w postaci wykluczenia go z postępowania o zamówienie publiczne. Istotą samooczyszczenia jest dobrowolna chęć naprawy szkody przez wykonawcę. Łączna interpretacja art. 110 ust. 2 i 3 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że to wykonawca musi wystąpić z inicjatywą samooczyszczenia i przedstawić zamawiającemu dokumenty dające mu podstawę do odstąpienia od wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. W ocenie Odwołującego nie jest zatem możliwe zastosowanie self-cleaning w sytuacji kiedy to zamawiający w toku postępowania pozyska informacje, że zaistniała podstawa wykluczenia. Mając powyższe na uwadze oraz fakt, że Zamawiający zastosował już procedurę wezwania do wyjaśnień, a zgodnie z ugruntowaną w tym zakresie linią orzeczniczą wezwania takie może być tylko jednorazowe, nie ma już możliwości dalszego konwalidowania dokumentów przedstawionych przez wykonawcę na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia z postępowania.

Ponadto Odwołujący wskazał, że momentem, w którym wykonawca winien wyjaśnić szczegóły przyjętego przez siebie stanowiska o braku podstaw do wykluczenia w kontekście przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 5 i pkt 7 ustawy Pzp ewentualnie przedstawienia materiału self cleaning, jest moment prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. To Zamawiający ma otrzymać na tyle wiarygodne i szczegółowe informacje, które pozwolą ustalić, czy mamy do czynienia w niniejszej sprawie z przesłankami wykluczenia czy też nie. Wszelkie dowodzenie i składanie wyjaśnień w postępowaniu odwoławczym przed Izbą należy uznać za spóźnione.

Jednocześnie Odwołujący z ostrożności wskazał, iż przedstawione wyjaśnienia z dnia 28 sierpnia 2019 r. nie mogą zostać uznane za materiał self cleaningu albowiem jak wynika z informacji uzyskanych przez Odwołującego wykonawca nie uregulował naliczonej kary umownej, nie zostało również między stronami zawarte porozumienie o spłacie ratalnej.

Odwołujący wskazał, że mając na uwadze powyższe, wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu z postępowania, w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w SWZ tj. w złożonym w odniesieniu do S4H sp. z o.o. oświadczeniu o podstawach wykluczenia z postępowania nie wskazał zdarzeń mających miejsce podczas realizacji kontraktu nr 1072152 na rzecz ZUS Oddział w Gdańsku, zataił informację, iż w związku z okolicznościami złożenia przez ZUS Oddział w Gdańsku oświadczenia z dnia 14 lutego 2019 r. zachodzą wobec S4H sp. z o.o. przesłanki wykluczenia z udziału w postępowaniu o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 7, a co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. w złożonym oświadczeniu o podstawach wykluczenia z postępowania w odniesieniu do S4H sp. z o.o. nie wskazał jako podstawy wykluczenia z postępowania zdarzeń mających miejsce podczas realizacji kontraktu nr 1072152 na rzecz ZUS Oddział w Gdańsku skutkujących złożeniem przez ZUS Oddział w Gdańsku oświadczenia z dnia 14 lutego 2019 r. o odstąpieniu od umowy.

Odwołujący wskazał, że omawiana podstawa wykluczenia dotyczy wyłącznie informacji, które były wymagane do weryfikacji braku podstaw wykluczenia, spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Objęte nią są więc informacje zawarte w JEDZ, w podmiotowych środkach dowodowych oraz ewentualnych wyjaśnieniach dotyczących treści tych dokumentów. Zatajenie informacji to nieprzekazanie wymaganych informacji. W rzeczywistości bowiem zaniechanie przekazania prawdziwych informacji, podobnie jak podanie informacji nieprawdziwych, może mieć wpływ na decyzję podejmowaną przez zamawiającego. Jeżeli jednak złożone dokumenty są merytorycznie niekompletne, w grę może wchodzić wykluczenie z postępowania. Cel art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp wymaga, aby miał on zastosowanie również w przypadku niezamieszczenia w złożonych dokumentach wymaganych informacji lub podania niepełnych wymaganych informacji. Brak takich informacji może bowiem wywoływać u zamawiającego mylne wyobrażenie na temat zdolności oraz sytuacji wykonawcy. Przepis dotyczy stricte informacji odnoszących się do sytuacji podmiotowej wykonawcy, których ocena decyduje o udziale wykonawcy w postępowaniu. Przepis ma o tyle istotne znaczenie, że właśnie ten zakres informacji badany jest w postępowaniu na podstawie oświadczeń. Z tej perspektywy bardzo istotne jest nałożenie na wykonawców odpowiedniej sankcji za złożenie nieprawdziwych oświadczeń, na podstawie których zamawiający będzie dokonywał weryfikacji sytuacji podmiotowej wykonawców. W ocenie Odwołującego działanie takie stanowi podstawę do wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp albowiem nawet błąd nieświadomy, wywołany z przyczyn niezależnych od wykonawcy stanowi podstawę do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, pod warunkiem, że błąd ten może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Złożenie nieprawidłowego merytorycznie oświadczenia JEDZ z całą pewnością było działaniem lekkomyślnym lub niedbałym. Oceny, czy zachowanie to miało znamiona lekkomyślności/niedbalstwa, należy dokonywać w odniesieniu do dyspozycji art. 355 §2 kc., tj. zawodowej staranności. Zdaniem Odwołującego, niezależnie od wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, zachodzą też w niniejszej sprawie przesłanki do wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Do wykluczenia wykonawcy w oparciu o ww. przepis prawa konieczne jest kumulatywne spełnienie następujących „przesłanek: wykonawca działał w sposób zamierzony lub w warunkach rażącego niedbalstwa, wskutek tego zachowania zamawiający został wprowadzony w błąd, błąd dotyczy informacji, co do istnienia podstaw wykluczenia wykonawcy spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. W niniejszym postępowaniu, należy staranność określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru działalności wykonawcy (art. 355 §2 k.c.). Odwołujący wskazał, że podstawową działalnością wykonawcy jest działalność w zakresie utrzymania czystości, a zatem wykonawca ma pełną świadomość tego, jakie zobowiązania wynikające z wcześniejszych umów o zamówienie publiczne można uznać za należące do zobowiązań wymogu tego nie spełniają. Wykonawca przed podjęciem decyzji o treści składanego oświadczenia JEDZ powinien dokonać ich weryfikacji, o ile w ogóle własne doświadczenie wymaga jakiegokolwiek weryfikacji, ponieważ musi ono być temu podmiotowi znane. Różnice pomiędzy składanymi oświadczeniami i stanem faktycznym (zwłaszcza w znacznym zakresie, jak ma to miejsce w niniejszej sprawie) tłumaczone mogą być wyłącznie zamierzonym działaniem bądź też rażącym niedbalstwem. Dodatkowo Odwołujący wskazał, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem w dyspozycji art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp mieszczą się również sytuacje błędów pracownika wykonawcy, w takim przypadku bowiem dochodzi do winy w związku z niewłaściwym doбором pracownika do zadań, organizacji pracy pracowników bądź wykonawcy czy też nieprawidłowym nadzorem nad pracownikami czy osobami którymi wykonawca posługuje się prowadząc działalność. Według Odwołującego badanie możliwego wpływu na wynik postępowania następuje na moment przedstawienia przez Wykonawcę nieprawdziwych informacji. W treści dokumentu JEDZ nie wskazano zdarzeń mających miejsce w związku z realizacją umowy nr 1072152, załączony

przez Wykonawcę JEDZ został wypełniony w taki sposób, by sprawić wrażenie, że nie zachodzą inne podstawy wykluczenia z postępowania. Tym samym można przyjąć, że zostały spełnione opisane wyżej przesłanki, gdyż zamawiający został wprowadzony w błąd, bowiem wbrew stanowi faktycznemu przyjął, że wobec Wykonawcy nie zachodzą podstawy wykluczenia z postępowania i jego oferta nie podlega odrzuceniu. Powodem przyjęcia takiego stanu rzeczy była treść oświadczenia JEDZ jak również wyjaśnień z dnia 27 lipca 2021 r. złożona przez Wykonawcę, oświadczenia odnoszącego się do tak ważnych okoliczności dla przebiegu postępowania jakimi są podstawy wykluczenia. Zatajenie w treści JEDZ informacji o zdarzenia mających miejsce w ZUS Oddział w Gdańsk i przedstawienie wyjaśnień z dnia 27 lipca 2021 r. dokonane zostało z zamiarem wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co wobec wyboru oferty przyniosło zamierzony skutek. Tym samym złożenie JEDZ oraz wyjaśnień miało bezpośredni wpływ na wynik postępowania. Odwołujący podkreślił, że nie jest dopuszczalne zastosowanie jakiegokolwiek innej sankcji niż wykluczenie z postępowania.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykonanie usługi całonocowego kompleksowego utrzymania czystości w obiektach Samodzielnego Publicznego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Ostrowi Mazowieckiej”.

Izba ustaliła, że postępowaniu ofertę złożyło m.in. konsorcjum wykonawców: S4H Sp. z o.o., z siedzibą w Olsztynie oraz Medicare Services Sp. z o.o., z siedzibą w Olsztynie (dalej

„Przystępujący”).

W zakresie podlegającym rozpoznaniu, Izba ustaliła, że Przystępujący wraz z formularzem JEDZ złożył dokument pn. Tajemnica przedsiębiorstwa - sig. Izba ustaliła, że dokument ten zawierał uzasadnienie zastrzeżenia jako informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa

„Oświadczenia o samooczyszczeniu wykonawcy”.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 1 lipca 2021 r. wezwał Przystępującego w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie oświadczenia Wykonawcy o samooczyszczeniu oznaczonej jako, Tajemnica Przedsiębiorstwa w postaci: (i) pisemnej informacji, o treści żądania pozwu w sprawie przed Sądem Okręgowym w Lublinie (m.in. czy jest to pozew o ustalenie, że rozwiązanie umowy w trybie natychmiastowym było bezskuteczne lub nieprawidłowe lub inne żądanie); (ii) pisemnej informacji o sygnaturze akt sprawy przed Sądem Okręgowym w Lublinie; (iii)

pisemnej informacji o sygnaturze akt sprawy przed Centralnym Biurem Antykorupcyjnym (CBA); (iv) kopii oświadczenia zamawiającego o rozwiązaniu umowy w trybie natychmiastowym; (v) kopii oświadczenia wykonawcy o zobowiązaniu do zapłaty kary umownej.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 4 lipca 2021 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia. Treść wyjaśnień zostało zastrzeżona jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Do wyjaśnień wykonawca załączył uzasadnienie zastrzeżenia.

Dalej Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 23 lipca 2021 r. wezwał ponownie Przystępującego do złożenia wyjaśnień, wskazując, że w związku z uzyskaniem informacji o nienależytym wykonywaniu umowy, co rodzi skutki prawne na gruncie nowej ustawy Prawo Zamówień Publicznych, w zakresie zaistnienia podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7, działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający żąda od Wykonawcy wyjaśnień w kontekście odstąpienia od Umowy Nr 1072152 z dnia 28.08.2019 r. przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Gdańsku.

Izba ustaliła, że Przystępujący pismem z dnia 27 lipca 2021 r. złożył wyjaśnienia, których treść została zastrzeżona przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Do wyjaśnień wykonawca załączył uzasadnienie zastrzeżenia.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK. W konsekwencji Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odtajnić następujące dokumenty złożone przez Przystępującego: (i) oświadczenia załączonego do JEDZ oznaczonego w treści JEDZ jako „zgodnie z załącznikiem tajemnica.przedsiębiorstwa.pdf” wraz z załącznikami; (ii) wyjaśnień wykonawcy z dnia 4 lipca 2021 r. wraz z załącznikami złożonymi przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 1 lipca 2021 r.; (iii) wyjaśnień wykonawcy z dnia 27 lipca 2021 r. wraz z załącznikami złożonymi przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 23 lipca 2021 r. Zdaniem Izby Zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił zasadność uzasadnienia zastrzeżenia ww. dokumentów przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Należy wskazać na wstępie, że podstawową zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności postępowania (art. 18 ust. 1 ustawy Pzp). W związku z powyższym możliwość objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa stanowi wyjątek i jako taki winien być stosowany ściśle. Zasada jawności postępowania jest naczelną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wynika ona z zawartego w art. 61 Konstytucji prawa każdego obywatela do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej, zwłaszcza w sytuacji, w której organy te dysponują środkami publicznymi.

Ograniczenie zasady jawności możliwe jest wyłączenie w ściśle określonych sytuacjach, wskazanych przez ustawodawcę. Z takim wyjątkiem mamy do czynienia w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Ustawodawca bowiem umożliwia wykonawcom zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, o ile wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstw.

Ustawa Pzp w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa odsyła do UZNK. Zgodnie z 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. W dotychczasowym orzecznictwie sądowym, na podstawie UZNK formułuje się tezę, że na tajemnicę przedsiębiorcy składają się dwa elementy: materialny (informacja o określonej treści, mająca wartość gospodarczą) oraz formalny - wola utajnienia danych informacji. Tajemnicę przedsiębiorcy stanowią informacje znane jedynie określonemu kręgowi osób i związane z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością, wobec których podjął on wystarczające środki ochrony w celu zachowania ich w poufności. Informacja staje się "tajemnicą", kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej, jako niedostępnej dla osób trzecich. Oba te elementy - przesłanki uznania określonej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa - mają charakter obiektywny. Stwierdzenie ich istnienia nie może się opierać wyłącznie na przekonaniu samego przedsiębiorcy, wymaga odwołania się obiektywnych kryteriów i poddania ich analizie w okoliczności faktycznych konkretnej sprawy.

Należy wskazać, że celem regulacji dotyczących możliwości kwalifikowania określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorcy jest niewątpliwie ochrona informacji, które mają wartość gospodarczą - są istotne z punktu widzenia funkcjonowania na wolnym rynku w kontekście konkurencyjności względem innych podmiotów, prowadzących działalność w tym samym czy podobnym zakresie lub segmencie rynku, bądź - z innego powodu - zainteresowanych uzyskaniem określonych danych w celu ich wykorzystania w opozycji do interesu danego podmiotu gospodarczego w ramach działalności rynkowej. Jednakże pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa nie sposób odnosić do prób utajniania wszelkich informacji, które mogą mieć jakąkolwiek wartość gospodarczą dla podmiotów działających na rynku, w szczególności gdy nie są one użyteczne w grze rynkowej dla podmiotów konkurencyjnych. Stąd właśnie w judykaturze ukształtował się jednolity pogląd, że o tym czy

coś może stanowić prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa przesądza nie tylko jego

wola utajnienia danej informacji (element subiektywny), lecz także występowanie obiektywnie akceptowanych wartości, których ochrona uzasadnia objęcie danych informacji tajemnicą. Zatem, należy podkreślić jeszcze raz, że tajemnica przedsiębiorstwa, 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. Gdyby przyjąć odmienne założenie, to tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby wszystko, co arbitralnie dany przedsiębiorca za nią uzna, także w drodze czynności kwalifikowanych (np. poprzez zamieszczenie odpowiedniej klauzuli).

Co istotne w kontekście omawianego zarzutu, tą obiektywną wartością gospodarczą zastrzeganych informacji musi wykazać wykonawca powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa względem określonych informacji. Nie sposób uznać za wykazanie spełnienia omawianej przesłanki poprzez przywoływanie subiektywnej oceny informacji dokonanej przez danego wykonawcę. Zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający obiektywną wartość gospodarczą.

W ocenie Izby, w analizowanym stanie faktycznym Zamawiający dokonał błędnej oceny stanowiska Przystępującego w zakresie zasadności zastrzeżenia informacji dołączonych do formularza JEDZ oznaczonych jako „zgodnie z załącznikiem-tajemnica.przedsiębiorstwa.pdf” wraz z załącznikami, wyjaśnień wykonawcy z dnia 4 lipca 2021 r. wraz z załącznikami złożonych przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 1 lipca 2021 r., wyjaśnień wykonawcy z dnia 27 lipca 2021 r. wraz z załącznikami złożonych przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 23 lipca 2021 r.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że Przystępujący zastrzegł całą treść ww. dokumentów. Przystępujący wskazał, że informacje zawarte w dokumentach są zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż spełniają ustawowe wymogi ochrony wynikające z UZNK, są informacjami gospodarczymi i organizacyjnymi, których ujawnienie zagraża interesom wykonawcy, gdyż daje możliwość ich wykorzystania w celu zachwiania jego pozycji konkurencyjnej. Zdaniem Izby możliwość powoływania się na ochronę określonych informacji związanych z działalnością przedsiębiorstwa wymaga wskazania przez wykonawcę precyzyjnych informacji jakie winny zostać objęte ochroną i wykazania w stosunku do tak wyselekcjonowanych informacji przesłanek koniecznych do ochrony. Ustawodawca w art. 11 ust. 2 UZNK wskazuje, że ochronie podlega informacja mająca wartość gospodarczą.

Posługiwanie się zaś przez Przystępującego twierdzeniami, że ochronie podlegają wszystkie informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach wymagało wykazania w stosunku do takich informacji ustawowych przesłanek ochrony, w tym wykazania obiektywnej wartości gospodarczej takich informacji. Jednocześnie Izba wskazuje, że jeżeli celem Przystępującego było zastrzeżenie wyjaśnień jako autorskiego zestawienia informacji, to okoliczność taką wykonawca winien wykazać. Nie stanowi wykazania przytoczenie brzmienia art. 11 ust. 2 UZNK. W ocenie Izby obowiązkiem wykonawcy było wykazania obiektywnej wartości gospodarczej zestawienia informacji zawartych w zastrzeżonych dokumentach, wartości sięgającej poza ramy tego konkretnego postępowania czy określonego elementu tych wyjaśnień. Takich okoliczności Przystępujący nie wykazał. Co więcej, sam wykonawca wskazuje, że dokumenty zostały wytworzone specjalnie na potrzeby tego konkretnego postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, czym jednoznacznie potwierdził, iż po zakończeniu postępowania ich rzekoma obiektywna wartość gospodarcza traci taki charakter.

Dalej odnosząc się do opisu wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, Przystępujący wskazał, że zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą i wymagają szczególnej ochrony. Mają charakter indywidualny, niepowtarzalny, autorski i odpowiadają szczególnym wymaganiom wskazanym w SWZ. Zdaniem Izby tak ogólne twierdzenia Przystępującego w żaden sposób nie mogą być utożsamiane z wykazaniem obiektywnej wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Po pierwsze, fakt, że wykonawca zebrał określone informacje w dokumencie na potrzeby spełnienia obowiązków wynikających ze SWZ nie oznacza możliwości automatycznego przypisania takiemu zestawieniu obiektywnej wartości gospodarczej. Gdyby przyjąć tak szerokie rozumienie wartości gospodarczej informacji, to każdy dokument przygotowany przez wykonawcę mógłby być uznany za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Ustawodawca wymaga jednakże wykazania przez przedsiębiorcę, że takie zestawienie informacji czy też poszczególne informacje mają

obiektywną wartość gospodarczą, która ujawniona innym podmiotem działającym na rynku może przynieść potencjalną szkodę wykonawcy. W analizowanym stanie faktyczny Przystępujący nie wykazał na czym polega autorskie i unikalne rozwiązanie na jakie powołuje w swoich uzasadnieniach. Przystępujący nie wykazał w jaki konkretnie sposób ujawnienie owych indywidualnych autorskich rozwiązań narazi wykonawcę na utratę pozycji rynkowej. Utożsamianie obiektywnej wartości gospodarczej z możliwością utraty zamówienia z powodu zakwestionowania przez innych wykonawców rzetelności wykonania poprzednich zamówień przez Przystępującego nie stanowi obiektywnej wartości gospodarczej podlegającej ochronie. Gdyby tak szeroko rozumieć zakres ochrony wynikający z art. 11 UZNK, to narzędzie to służyłoby wykonawcom do uniemożliwienia innym podmiotom weryfikacji ich rzetelności, co, zdaniem Izby, byłoby nieuprawnione, szczególnie w świetle zasad wynikających z art. 18 ustawy Pzp.

Izba podkreśla, że celem art. 11 ust. 2 UZNK nie jest ukrywanie przed innymi przedsiębiorcami negatywnych aspektów działalności w celu uniknięcia wykluczenia z postępowania. Zasada jawności postępowania wyrażona w art. 18 ust. 1 ustawy Pzp ma w tym zakresie nadrzędny charakter. Izba podkreśla ponadto, że informacje zastrzeżone przez wykonawcę dotyczą realizacji zamówień na rzecz podmiotów publicznych. Ani Przystępujący ani Zamawiający w żaden sposób nie wykazali, że informacje te podlegały jakiegokolwiek ochronie na etapie realizacji umów. Nie wykazali również, iż w toczących się sprawach sądowych została wyłączona jawność postępowania. Złożone zaś przez Odwołującego dowody podczas rozprawy potwierdzają, że zastrzeżone informacje można uzyskać w trybie dostępu do informacji publicznej.

Odnosząc się do przesłanki braku wcześniejszego ujawniania informacji oraz podjęcia działań mających na celu zachowanie w poufności zastrzeżonych informacji, Izba wskazuje, że ogólność twierdzeń Przystępującego nie pozwala na przyjęcie, iż wykonawca wykazał spełnienie warunków określonych w art. 11 ust. 2 UZNK. Izba wskazuje, że w złożonych uzasadnieniach Przystępujący wielokrotnie powtarza, że zastrzeżone informacje nie zostały wcześniej przekazane od wiadomości publicznej, wskazuje na wdrożone w swoim przedsiębiorstwie rozwiązania systemowe, jednakże poza gołosłownymi twierdzeniami wykonawcy brak w tym zakresie oświadczeń co do konkretnych rozwiązań, a tym bardziej dowodów potwierdzających wdrożenie owych rozwiązań systemowych czy ograniczenie dostępu do zastrzeżonych informacji do określonej grupy osób.

Izba podkreśla, że nieuprawnione jest stanowisko wykonawcy, że informacje zawarte w wyjaśnieniach podlegają ochronie tylko dlatego, że zostały zebrane w jednym dokumencie, który nie był ujawniony publicznie. Sam fakt zamieszczenia określonych informacji w dokumencie zastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa nie czyni takich informacji poufnymi. Takie stanowisko prowadziłoby do absurdalnych wniosków. Uzasadnione byłoby zastrzeżenie każdej informacji, niezależnie czy jawnej czy poufnej tylko przez sam fakt zamieszczenia jej w wyjaśnieniach. To zdaniem Izby jest niedopuszczalne.

Nawet jeśli przyjąć za prawdziwe stanowisko Przystępującego, że żaden z konkurentów nie miał dostępu do wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, to okoliczność ta sama w sobie nie uzasadnia uznania całego dokumentu wyjaśnień za tajemnicę przedsiębiorstwa. Oznaczałoby to możliwość zastrzegania przez wykonawców wszelkich informacji w drodze czynności kwalifikowanej poprzez zamieszczenie klauzuli „tajemnica przedsiębiorstwa” w treści wyjaśnień. Oczywiście ochronie może podlegać szczególne zestawienie informacji, nawet jeżeli poszczególne elementy tego zestawienia są dostępne publicznie dla osób, tyle tylko, że na wykonawcy spoczywa wówczas obowiązek wykazania, obiektywnej wartości gospodarczej takiego zestawienia. Innymi słowy, Przystępujący musiałby wykazać, że wyjaśnienia stanowią indywidualne zestawienie informacji jawnych i poufnych (przy czym Izba stoi na stanowisku, że wykonawca musi zidentyfikować jakie informacje mają charakter jawny i poufny), są autorskim rozwiązaniem wykonawcy, którego ujawnienie mogłoby powodować jakieś określone straty ekonomiczne po stronie wykonawcy. Takich jednak okoliczności Przystępujący nie wykazał, wskazując ogólnie przepisy UZNK.

Zdaniem Izby o tym czy mamy do czynienia z informacją zasługującą na ochronę decyduje charakter informacji, obiektywna wartość gospodarcza, nie zaś fakt zamieszczenia informacji w wyjaśnieniach i stwierdzenia, że stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa. Jeśli Przystępujący chciał zastrzec wyjaśnienia jako autorskie zestawienie określonych informacji, to takich okoliczności nie wykazał w złożonych uzasadnieniach i nie wykazał w czym owe autorskie rozwiązanie miałyby się wyrażać. Zdaniem Izby, nie może być też tak, że sam fakt

zestawienia określonych informacji przez wykonawcę kwalifikuje wyjaśnienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca musi wykazać, iż takie zestawienie ma obiektywną wartość gospodarczą, z której mogliby w sposób nieuprawniony skorzystać inni wykonawcy, poza ramami przedmiotowego postępowania przetargowego.

Odnosząc się do kolejnej przesłanki na gruncie art. 11 ust. 2 UZNK, stanowiącej o możliwości zakwalifikowania danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, o ile dany podmiot podjął działania w celu utrzymania ich w poufności, zaznaczyć należy, że ustawodawca w art. 11 ust. 2 UZNK wymaga należytej staranności ze strony wykonawcy w procesie utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności. Nie chodzi więc o jakichkolwiek działania, ale o takie działania które można zakwalifikować jako adekwatne do realiów funkcjonowania danego wykonawcy. Działanie, które minimalizują ryzyko dostępu do informacji przez osoby nieupoważnione. W analizowanym stanie faktycznym, Przystępujący nie wskazał, a tym bardziej nie wykazał i nie przedstawił dowodów na potwierdzenie jakichkolwiek działań zmierzających do utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności. Należy wskazać, że każdy profesjonalny podmiot stosuje obecnie różne techniki zabezpieczania danych, w tym zawierając z pracownikami umowy o zakazanie wyjawiania informacji, co nie uzasadnia jeszcze twierdzenia, że wszelkie informacje dotyczące firmy pozostają jedynie w dyspozycji wąskiego kręgu osób bezpośrednio z danym zagadnieniem związanych. W piśmie zawierającym uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa

Przystępujący powołuje się na rzekome rozwiązania systemowe czy ograniczony krąg osób mających dostęp do informacji, jednak w tym zakresie poza gołosłownymi stwierdzeniami brak jest wskazania konkretnych rozwiązań, a tym bardziej dowodów. Zdaniem Izby Przystępujący nie wykazał podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania w poufności zastrzeżonych informacji w zakresie wskazanym w treści uzasadnienia. Przystępujący zaniechał chociażby zidentyfikowania grupy osób mających dostęp do informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz nie wykazał jakie środki bezpieczeństwa zostały podjęte w stosunku do tej grupy osób, w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności.

Izba podkreśla, że jawność postępowania przetargowego ma istotne i fundamentalne znaczenie dla rozwoju konkurencyjności na rynku zamówień publicznych. Jest narzędziem gwarantującym możliwość weryfikacji rzetelności wykonawców, co z kolei przekłada się na późniejszą prawidłową realizację zamówienia. Zasada jawności postępowania i zasada ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa na gruncie ustawy Pzp wymaga rozstrzygnięcia pomiędzy dwoma konfliktującymi wartościami. Z jednej strony prawem wykonawców do weryfikacji zasadności wyceny kosztów realizacji zamówienia, z drugiej zaś strony prawem ochrony określonego i zidentyfikowanego zakresu informacji dotyczącego danego przedsiębiorstwa, którego ujawnienia może narazić wykonawców na utratę pozycji rynkowej czy określone i identyfikowane straty ekonomiczne. Przy czym jak Izba wskazała, ograniczenie jawności postępowania jest wyjątkiem od zasady i należy go interpretować ściśle. Praktyka zamówień publicznych pokazuje, że zastrzeżenie szerokiego zakresu informacji przez wykonawców nie służy de facto ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa, ale wykorzystywane jest jako narzędzie do nieujawnienia wyjaśnień wykonawcy w obawie przed utratą możliwości uzyskania zamówienia. Takie rozumienie szkody ekonomicznej czy utraty pozycji rynkowej przez wykonawców jest niewłaściwe i nie zasługuje na ochronę.

Należy podkreślić, że nawet jeśli dane informacje spełniają przesłanki uznania ich za informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, do ich skutecznego zastrzeżenia niezbędne jest wykazanie tego przez wykonawcę. Aby takie było skuteczne musi być one dokonane w momencie składania informacji zawierając pełną argumentację wskazującą, że przedstawione Zamawiającemu informacje spełniają przesłanki ustawowe. W ocenie Izby, Przystępujący nie podolał tym wymaganiom. Wykonawca nie wykazał, aby zastrzeżone informacje posiadały jakąkolwiek obiektywną wartość gospodarczą. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej z art. 11 ust. 2 UZNK i deklaracja, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki. Zdaniem Izby

Przystępujący przedstawił ogólne i lakoniczne uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Złożone uzasadnienia w żaden sposób nie dotyczą specyfiki i przedmiotu zastrzeganych informacji. Dodatkowo są tożsame treściowo. Z treści uzasadnienia zastrzeżenia z dnia 29 czerwca 2021 r, wynika, że będące przedmiotem zastrzeżenia „dokumenty i zawarte w nich informacje zostały opracowane z uwzględnieniem danych

zawartych w SWZ w tym w szczególności z uwzględnieniem potrzeb Zamawiającego, jednakże z uwagi na brak zawartych w SWZ gotowych lub narzuconych rozwiązań, stanowią, autorską koncepcję i opracowanie Wykonawcy. (.) Informacje te stanowią odzwierciedlenie własnego i zindywidualizowanego pomysłu wykonawcy oraz koncepcji realizacji usług, przygotowanego i opracowanego przez uczestników konsorcjum. informacje te (koncepcja — rozwiązanie) są niepowtarzalne, ponieważ zostały wytworzone pod kątem danego Zamawiającego, jego potrzeb i preferencji zidentyfikowanych w oparciu o konkretny opis przedmiotu zamówienia oraz przy uwzględnieniu wiedzy i doświadczenia członków konsorcjum z zakresu organizacji usług porządkowo- czystościowych w szpitalnictwie. (.). Długoletnie doświadczenie w branży utrzymania czystości, będące elementem wartości

naszych firm, pozwala na stworzenie profesjonalnych, nowoczesnych i ekonomicznych

rozwiązań w zakresie planu, koncepcji, organizacji oraz struktury usług, które mają charakter zindywidualizowany oraz dostosowany do potrzeb danego Zamawiającego.” W kolejnych zdaniach owego zastrzeżenia Przystępujący opisuje swoje doświadczenie, podnosi iż „należyta realizacją zadań przez Zamawiającego jest uwarunkowana rzetelnym planem organizacji usługi” itd. Wykonawca podnosi, iż dokumenty zostały przygotowane wyłącznie pod kątem realizacji usługi przedmiotu zamówienia w tymże postępowaniu przetargowym, opracowane przy uwzględnieniu potrzeb Zamawiającego i wyłącznie na te potrzeby. W dalszej części podnosi, iż zastrzegane informacje podlegają ocenie w kryterium oceny ofert co nie wyklucza możliwości ich zastrzeżenia. Powyższe uwagi o tożsamer treści znajdują się zarówno w piśmie z dnia 29 czerwca 2021. jak i w piśmie z dnia 4 lipca 2021 r. Pismo z dnia 27 lipca 2021 r. stanowi skróconą wersję pisma z dnia 29 czerwca 2021 r., nie zawiera nowej argumentacji w zakresie wykazania przesłanek z art. 11 ust. 2 UZNK. Już powyższe okoliczności tj. ogólny charakter uzasadnienia stosowany w przypadku zastrzegania różnych informacji stanowi podstawę do uznania, iż zastrzeżenie informacji zostało dokonane nieskutecznie. Przede wszystkim zaś za takim stwierdzeniem przesądza fakt, iż zastrzeżenia, mimo pozornego wskazania we wstępnej części iż dotyczą postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, w ogóle nie dotyczą merytorycznych zastrzeganych informacji. W uzasadnieniach jest mowa, iż zastrzegana jest koncepcja realizacji usługi podlegająca ocenie w kryterium oceny ofert. Nie ma ani słowa odnoszącego się do faktu, iż przedmiotem zastrzeżenia jest materiał self - cleaning. Przystępujący sporządził uzasadnienie zastrzeżenia zupełnie innych informacji niż te które chciał zastrzec tj.

uzasadnienia zastrzeżenia koncepcji realizacji usługi podlegającej ocenie w kryterium oceny ofert. Już ta okoliczność przesądza o tym, iż nie wypełnił przesłanek z art. 11 ust. 2 UZNK.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zarzut za zasadny.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów zawartych w odwołaniu tj. zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 110 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe badanie i błędną ocenę oferty Przystępującego w szczególności oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu składanego przez S4H sp. z o.o. na formularzu JEDZ, materiału samooczyszczenia przedstawionego w formie osobnego dokumentu załączonego do JEDZ oznaczonego w treści JEDZ jako „zgodnie z załącznikiem tajemnica.przedsiębiorstwa.pdf” wraz z załącznikami składanego przez S4h sp. z o.o. jak i treści wyjaśnień z dnia 27 lipca 2021 r; i błędne uznanie, że wobec S4H sp. z o.o. nie zachodzą podstawy wykluczenia z postępowania o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 i pkt 7 ustawy Pzp, a tym samym że oferta nie podlega odrzuceniu jako złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania oraz zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ustawy Pzp w związku z treścią SWZ poprzez: nieprawidłowe badanie i błędną ocenę oferty Przystępującego w szczególności oświadczenia o niepodleganiu składanego na formularzu JEDZ i uznaniu, że wobec wykonawcy nie zachodzą podstawy wykluczenia z udziału w postępowaniu, a w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania podczas gdy Przystępujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu z postępowania, w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w SWZ, Izba wskazuje, że zarzuty te nie podlegały merytorycznemu rozpoznaniu. Odwołujący oświadczył podczas posiedzenia z udziałem stron, iż zarzuty te są zarzutami ewentualnymi. W przypadku uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 74 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK w zw. z art. 11 ust. 4 UZNK w zw. z art. 11 ust. 1 UZNK w zw. z art. 16 ustawy Pzp w

zw. z art. 17 ustawy Pzp i nakazania przez Izbę odtajnienia treści wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, wnosi o nierozpoznawanie ww. zarzutów jako przedwczesnych. Odwołujący wskazał, że dopiero po odtajnieniu zastrzeżonych przez Przystępującego dokumentów będzie miał pełną wiedzę na temat zakresu informacji przekazanych przez

Przystępującego Zamawiającemu, co umożliwi mu pełne i wyczerpujące sformułowanie

zarzutów dotyczących nieprawidłowego self - cleaningu oraz zarzutu przekazania nieprawdziwych informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd. Mając zatem na uwadze oświadczenie Odwołującego oraz rozstrzygnięcia Izby co do zasadności zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 74 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2

UZNK w zw. z art. 11 ust. 4 UZNK w zw. z art. 11 ust. 1 UZNK w zw. z art. 16 ustawy Pzp w

zw. z art. 17 ustawy Pzp, Izba nie rozstrzygała merytorycznie ww. zarzutów. Odwołującemu w tym zakresie przysługuje prawo wniesienia odwołania po udostępnieniu przez Zamawiającego zastrzeżonych dokumentów. Udostępnienie tych dokumentów przez Zamawiającego powinno nastąpić w sposób umożliwiający wykonawcy dochowanie terminu na wniesienie odwołania.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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).

Przewodniczący: