Sygn. akt: KIO 2252/22
KIO 2281/22

WYROK

z dnia 13 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Andrzej Niwicki

Anna Wojciechowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 września 2022 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2022 r. i 31 sierpnia 2022 r. przez:

A) Odwołującego MGGP Spółka Akcyjna, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów (sygn. akt KIO 2252/22);

B) Odwołującego MGGP Spółka Akcyjna, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów (sygn. akt KIO 2281/22);

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM Spółka Akcyjna, ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa

przy udziale

Wykonawcy Górnicze Biuro Projektów PANGAZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Bratysławska 2/7, 31-201 Kraków zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2252/22 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1

A. Oddala odwołanie (sygn. akt KIO 2252/22);

B. Oddala odwołanie (sygn. akt KIO 2281/22);

2.1 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego łączną kwotę 30.000 zł 00 gr. (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisów od odwołań.

2.2 Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 7.200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w sprawie KIO 2252/22 oraz KIO 2281/22.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 2252/22
KIO 2281/22

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

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., w trybie podstawowym na opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej oraz pełnienie nadzoru autorskiego dla zadań: „Budowa gazociągów DN500 MOP 8,4MPa relacji Skoczów-Komorowice-Oświęcim w podziale na 2 części (nr postępowania: ZP/2022/04/0060/SWI) oraz „Budowa gazociągów DN1000 MOP 8,4MPa relacji Wronów-Rozwadów-Strachocina w podziale na 2 części (nr postępowania: ZP/2022/03/0036/TAR), ogłoszonych w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2022/S 073-196835 oraz 055-145007 w dniach 13 kwietnia 2022 r. i 18 marca 2022, wobec czynności podjętych w postępowaniach, wykonawca MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie wniósł odpowiednio w dniu 29 sierpnia 2022 r. i 31 sierpnia 2022 r. odwołania (sygn. akt KIO 2252/22 i KIO 2281/22).

I. Sygn. akt KIO 2252/22

Odwołanie wniesione na czynności w zakresie części 2 zamówienia polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego oraz odtajnieniu dokumentów.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) Art. 110 ust. 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie i przyjęcie, że procedura samooczyszczenia dopuszczona tym przepisem została złożona przez Odwołującego po terminie przewidzianym na tę czynność, co oznacza, że okoliczności wskazane tym przepisem nie mogą znaleźć zastosowania do Odwołującego i stanowić podstawy do zaniechania wykluczenia Odwołującego z postępowania;

2) Art. 110 ust. 3 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, polegające na niezasadnym przyjęciu, że procedura samooczyszczenia podjęta przez Odwołującego nie jest wystarczająca do wykazania jego rzetelności, co oznacza, że okoliczności wskazane w art. 110 ust. 2 pzp nie mogą znaleźć zastosowania do Odwołującego i stanowić podstawy do zaniechania wykluczenia Odwołującego z postępowania;

3) Art. 16 pkt 1 pzp poprzez jego niezastosowanie, polegające na zastosowaniu wobec innych wykonawców w prowadzonych równolegle postępowaniach znacznie liberalniejszych przesłanek oceny procedury samooczyszczenia, przez co

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp, mimo że w analogicznej sytuacji nie zastosował tego przepisu do innego wykonawcy;

4) Art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp poprzez jego zastosowanie i bezprawne wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia Odwołującego, mimo że do Odwołującego winien znaleźć zastosowanie wyjątek przewidziany w art. 110 ust. 2 pzp;

5) art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit a pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego i uznanie, że wykonawca podlega wykluczeniu w sytuacji, gdy nie zaistniały przesłanki uprawniające do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp z uwagi na powinność zastosowania art. 110 ust. 2 pzp, co oznacza, że wobec Odwołującego nie zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania, z kolei decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego i wykluczeniu Odwołującego z postępowania została podjęta z naruszeniem przepisów ustawy;

6) art. 18 ust. 3 pzp w zw. z art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez ich niezastosowanie i przyjęcie, że dokumenty wskazane w odwołaniu są dokumentami jawnymi, podczas gdy Odwołujący spełnił warunki przewidziane w art. 18 ust. 3 pzp uzasadniające nieujawnianie przedmiotowych dokumentów (tj. wyjaśnienia dotyczące braku podstaw wykluczenia - samooczyszczenie, księga ZSZ_1.3(1) - procedury I.4, III.D.1, II.D.2, III.D.3, regulamin pracy, uchwała Zarządu i załącznik do uchwały).

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z 19 sierpnia 2022 r. polegające na wykluczeniu Odwołującego z postępowania

oraz odrzuceniu jego oferty oraz odtajnieniu wskazanych dokumentów, nakazanie powtórzenie czynności badania i oceny ofert, nakazanie utrzymania w tajemnicy i

nieujawniania wskazanych dokumentów.

II. Sygn. akt KIO 2281/22

Odwołanie wniesione na czynność z 22.08.2022 r. w zakresie części 1 i 2 zamówienia polegającą na odtajnieniu dokumentów.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 18 ust. 3 pzp w zw. z art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez ich niezastosowanie i

przyjęcie, że dokumenty wskazane w odwołaniu są dokumentami jawnymi, podczas gdy Odwołujący spełnił warunki przewidziane w art. 18 ust. 3 pzp uzasadniające nieujawnianie przedmiotowych dokumentów (tj. wyjaśnienia dotyczące braku podstaw wykluczenia -

samooczyszczenie, księga ZSZ_1.3(1) - procedury I.4, III.D.1, II.D.2, III.D.3, regulamin pracy, uchwała Zarządu i załącznik do uchwały).

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu utrzymania w tajemnicy i nieujawniania wskazanych dokumentów.

Zamawiający złożył w pismach z 12.09.2022 r. odpowiedzi na odwołania wnosząc o ich

oddalenie w całości.

Do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2252/22 przystąpił po stronie

Zamawiającego wykonawca Górnicze Biuro Projektów „PANGAZ" Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniach zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Żadne z odwołań nie podlegało odrzuceniu i takich wniosków również nie formułowano w pismach procesowych, jak i w toku posiedzenia niejawnego przed otwarciem rozprawy. Oba odwołania skierowane zostały do rozpoznania na rozprawie.

Rozpoznając odwołania Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o

dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy.

Izba ustaliła i zważyła.

Odwołania wniesione zostały na czynności Zamawiającego w dwóch postępowaniach i dotyczą oceny ofert Odwołującego. Zarzutem wspólnym dla obu odwołań jest zarzut związany z oceną skuteczności zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów, jakie Odwołujący złożył Zamawiającemu w ramach procedury selfcleaningu w obu postępowaniach (te same dokumenty). Dodatkowo w odwołaniu o sygn. akt KIO 2252/22 zarzut dotyczy zgodności z przepisami czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy w związku z uznaniem, iż czynność samooczyszczenia nie mogła być oceniona jako przeprowadzona zgodnie z przepisami Ustawy.

W sprawie okoliczności faktyczne związane z realizacją Umowy nr 1000032164 z dnia 06.12.2018 r. i jej wcześniejszym zakończeniem na skutek oświadczeń stron o odstąpieniu od umowy determinowały czynności tak Wykonawcy, jak i Zamawiającego. W odwołaniu wskazane zostały nie tylko okoliczności związane z wcześniejszym rozwiązaniem umowy ale podejmowane przez Zamawiającego decyzje w kolejnych postępowaniach, które obejmowały fragmenty prac, jakie miały być zrealizowane przez Odwołującego na podstawie umowy, która nie została w całości wykonana. Zamawiający we wcześniejszym postępowaniu (nr 2) zastosował wobec Wykonawcy fakultatywną przesłankę wykluczenia z postępowania

określoną w art. 109 ust. 1 pkt 5 Ustawy - co spotkało się z odwołaniem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej, która wyrokiem z 25 października 2021 r., sygn. akt KIO 2706/21 uchyliła decyzję Zamawiającego.

W kolejnych dwóch postępowaniach Zamawiający przewidział zastosowanie fakultatywnej przesłanki wykluczenia z postępowania opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy. Odwołujący złożył oferty, a w postępowaniu nr 3, po wyczerpaniu procedury uzupełnienia oświadczeń w JEDZ, Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy i odrzucił jego ofertę na podstawie art 226 ust. 1 pkt 2 lit a Ustawy. Czynności te zostały objęte odwołaniem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej, która wyrokiem z 18 lipca 2022 r., sygn. akt KIO 1638/22 przyznała rację Zamawiającemu i oddaliła zarzuty odwołania. Wyrok ten został wydany w toku postępowania nr 4, w którym również swoją ofertę złożył Odwołujący wskazując w oświadczeniu JEDZ, iż nie zachodzi wobec niego podstawa do wykluczenia go z postępowania w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy.

Wykonawca składając w postępowaniu nr 4 (obecne) oświadczenie w JEDZ zaznaczył odpowiedź „NIE" na pytanie związane z przesłanką opisaną w art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy oraz złożył wyjaśnienia dotyczące sporu z Zamawiającym, analogicznie jak uczynił to w postępowaniu nr 2 i 3. Zamawiający, analogicznie jak we wcześniejszych postępowaniach wezwał pismem z 15.06.2022 r. Odwołującego do poprawienia JEDZ poprzez wskazanie odpowiedzi „TAK" na pytanie: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?" oraz do przedstawienia przedsięwziętych w celu samooczyszczenia środków wraz z ich opisem, zgodnie z dyspozycją art. 110 ust. 2 Ustawy w terminie do 22.06.2022 r. W piśmie z 22.06.2022 r. Odwołujący podtrzymał złożone wcześniej oświadczenie wyjaśniając powody swojej decyzji.

Po wyroku KIO z 18 lipca 2022 r. Odwołujący zdecydował się skierować do Zamawiającego nowe oświadczenie w JEDZ, w którym stwierdził, iż odstąpienie od umowy mogło stanowić

podstawę wykluczenia z postępowania i podjął jednocześnie działania w celu samooczyszczenia (pismo z 18.07.2022 r.).

Zarówno pismo zawierające wyjaśnienia, jak i załączniki zostały przez Wykonawcę objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu zastrzeżenia poufności informacji Wykonawca wskazał na charakter informacji dotyczących podstaw prawnych i okoliczności faktycznych odstąpienia od umowy i naliczenia kar umownych przez podmiot zamawiający. Wykazując ich wartość gospodarczą wskazał, iż podmioty biorące udział w postępowaniach przetargowych będą zainteresowane pozyskaniem wiedzy na temat realizowanego kontraktu i powodów odstąpienia od niego oraz naliczenia kar umownych, a w konsekwencji zdobycia przewagi na rynku. Informacje te mogą być wykorzystane w trakcie prowadzenia postępowań przetargowych, a zatem utrzymanie ich w poufności ma na celu utrzymanie źródła przychodów w przyszłości. Wykonawca wskazał na średnią wartość przychodów uzyskiwanych w roku 2021 r. w ramach zamówień publicznych, których utrata nawet kilkuprocentowa, do czego miałoby doprowadzić ujawnienie informacji zastrzeżonych wskazywać ma na wartość gospodarczą w postaci utraconych korzyści. Ujawnienie zastrzeżonych informacji może w ocenie Wykonawcy spowodować uniemożliwienie uzyskania kolejnego zamówienia na skutek ich wykorzystania przez inny podmiot.

W dniu 19.08.2022 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej i jednocześnie poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt

7 Ustawy oraz odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Ustawy.

Zamawiający odniósł się również z ostrożności do dokumentów przedłożonych po terminie przez Odwołującego w ramach samooczyszczenia, uznając że opisane w dokumentacji (objętej tajemnicą przedsiębiorstwa) mają wyłącznie charakter pozorny, a tym samym niewystarczający do wykazania rzetelności Wykonawcy.

Zamawiający dokonał oceny skuteczności zastrzeżenia dokumentów przedłożonych w ramach procedury samooczyszczenia i uznał, że Odwołujący nie wykazał, że zawarte w dokumentach informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a tym samym nie mogą

być skutecznie zastrzeżone na podstawie art. 18 ust. 1 Ustawy. Wskazując na brak wykazania przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający uznał, iż Wykonawca nie wykazał, czy i jaką wartość gospodarczą posiadają przedstawione informacje oraz, że podjęto niezbędne działania w celu zachowania poufności. Wykonawca podał ogólnikowe argumenty nie wykazując wartości gospodarczej informacji zawartych w poszczególnych dokumentach. Ponadto, z uwagi na szerokie omówienie okoliczności, w jakich doszło do rozwiązania umowy, której dotyczą złożone informacje w dwóch jawnych wyrokach KIO, nie mogą być one traktowane jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Mając powyższe na względzie Izba oddaliła oba odwołania w całości.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu oznaczonym sygn. akt KIO 2252/22 i dotyczących braku podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a Ustawy Izba uznała, iż zmiana oświadczenia w JEDZ dokonana przez Wykonawcę po terminie i w sposób modyfikujący oświadczenie uzupełnione na wezwanie Zamawiającego nie mogła być uznana za zgodną z przepisami i dopuszczalną na gruncie przepisów Ustawy.

W sprawie nie było spornym ustalenie, czy Odwołujący znajduje się w sytuacji wypełniającej przesłankę do wykluczenia z postępowania opisaną w art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy, co Odwołujący ostatecznie przyznał wskazując w JEDZ odpowiedź twierdzącą. Rozstrzygającym dla tej oceny stał się wyrok KIO z 18.07.2022 r., sygn. akt KIO 1638/22, którego ogłoszenie zainicjowało czynność Odwołującego polegającą na samodzielnej korekcie oświadczenia w JEDZ dokonanej po tym jak odmówił korekty oświadczenia złożonego w postępowaniu w dniu 31.05.2022 r. w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Istotnym pozostawało natomiast ustalenie, czy modyfikacja wcześniejszych oświadczeń w JEDZ była dopuszczalna w okolicznościach, jakie towarzyszyły ich składaniu w toku postępowania, w szczególności po zmianie sytuacji jaka dla Wykonawcy powstała w wyniku orzeczenia KIO z lipca 2022 r. Odwołujący argumentował dopuszczalność przyjęcia nowego oświadczenia w JEDZ tym, iż zmiana oceny prawnej podyktowana orzeczeniem KIO czynić miała wcześniejsze oświadczenia w JEDZ nieaktualnymi, a tym samym Wykonawca miałby być uprawniony do złożenia aktualnego oświadczenia na podstawie art. 126 ust. 3 ustawy, a nie w oparciu o ponowne wezwanie do złożenia dokumentów w oparciu o przepis art. 128 ust. 1 Ustawy (pkt 52 odwołania).

Izba uznała, iż przepis art. 126 ust. 3 ustawy nie mógł mieć zastosowania. W szczególności należy zauważyć, iż wprawdzie w odwołaniu pojawia się argument związany z możliwością samodzielnego złożenia aktualnego oświadczenia przez wykonawcę w oparciu o art. 126 ust. 3 Ustawy, to jednak nie ma w odwołaniu zarzutu braku wezwania przez Zamawiającego Wykonawcy do złożenia aktualnych podmiotowych środków dowodowych. Ponadto w odwołaniu brak jest nawet w części opisującej zarzuty jakiegokolwiek odniesienia się do zaniechań, jakich miałby się dopuścić Zamawiający w trakcie oceny podmiotowej Wykonawcy. Tym samym Izba oceniając czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania nie miała podstaw do formułowania ocen w odniesieniu do przebiegu badania i weryfikacji podmiotowej Wykonawcy i odniosła się wyłącznie do oceny końcowej i uzasadnienia, jakie wskazał Zamawiający w decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Skład orzekający w całości podzielił argumentację prawną Zamawiającego zawartą w piśmie z 19.08.2022 r. i dotyczącą braku możliwości przyjęcia JEDZ zmodyfikowanego po terminie wskazanym w wezwaniu z 15.06.2022 r. do poprawienia oświadczenia w JEDZ oraz przedstawienia przedsięwziętych w celu samooczyszczenia środków w trybie art. 110 ust. 2 Ustawy. Przywołane orzecznictwo wskazuje w sposób klarowny na skutki braku zachowania terminu, a w niniejszej sprawie oznaczało, iż Zamawiający związany był oświadczeniem Wykonawcy złożonym w dniu 22.06.2022 r. o odmowie zmiany oświadczenia dotyczącego podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy. Odwołujący miał możliwość złożenia nowego oświadczenia wraz z samooczyszczeniem, co jednak powinno nastąpić w terminie wskazanym przez Zamawiającego. Skoro w terminie tym Wykonawca nie widział uzasadnienia dla zmiany oświadczenia, Zamawiający zobowiązany był uwzględnić to stanowisko dokonując oceny podmiotowej Wykonawcy. Należy ponownie wskazać, iż Odwołujący nie kwestionuje obecnie zasadności oceny stany wynikającego z odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po jego stronie, co przy braku podjęcia w sposób skuteczny próby samooczyszczenia prowadzić musiało do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy.

W ocenie składu orzekającego nie wpływa na sytuację Wykonawcy w postępowaniu zmiana oświadczenia JEDZ dokonana po wydaniu wyroku z dnia 18.07.2022 r. w sprawie KIO 1638/22. Odwołujący upatruje w tej okoliczności uzasadnienia dla uznania, iż jego oświadczenie w JEDZ stało się nieaktualne, a tym samym dopuszczalne miałoby być jego zastąpienie nowym oświadczeniem w trybie art. 126 ust. 3 Ustawy. W ocenie składu orzekającego taka podstawa nie zaistniała. Zgodnie z przepisem Jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne, zamawiający może w każdym czasie wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia.

W kontekście tego przepisu i podnoszonych na rozprawie argumentów stron należy odnieść się do dwóch kwestii, tj. ustalenia, czy JEDZ wraz z dokumentami składanymi w procedurze samooczyszczenia stanowić może podmiotowy środek dowodowy, a następnie czy okoliczności sprawy uzasadniały uznanie, iż oświadczenia złożone w JEDZ straciły swoją aktualność.

Zamawiający i przystępujący kwestionowali możliwość traktowania oświadczeń wstępnych w JEDZ w kategorii podmiotowego środka dowodowego z uwagi na brzmienie art. 7 pkt 17 Ustawy definiującego podmiotowy środek dowodowy jako środek służący potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia o którym mowa w art. 125 ust. 1 Ustawy. Zgodnie z art.

125 ust. 3 Ustawy oświadczenie składane na formularzu JEDZ tymczasowo zastępuje wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. Dalej w art. 128 Ustawy wyraźnie rozgranicza się oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 i podmiotowe środki dowodowe. Konstrukcja przepisów wskazuje zatem, iż wstępne oświadczenie w JEDZ zastępujące podmiotowe środki dowodowe nie podlega procedurze opisanej w art. 126 ust. 3 Ustawy, która zasadniczo może znaleźć zastosowanie do podmiotu, którego ofertę zamawiający najwyżej ocenił, a zachodzi uzasadniona podstawa do stwierdzenia, iż złożone podmiotowe środki dowodowe straciły swoją aktualność. Zgodnie z art. 128 Ustawy oświadczenia, w których mowa w art. 125 ust. 1 podlegają natomiast procedurze uzupełnienia lub poprawienia na tych samych zasadach co podmiotowe środki dowodowe.

Ponieważ przepisy Ustawy traktują oświadczenia, o których mowa w art. 125 ust. 1 Ustawy jako podmiotowe środki dowodowe (opisane w rozdziale 2 oddział 4), to nawet przyjmując odmienną ocenę prawną wyłączenia jakie zostało poczynione w definicji podmiotowego środka dowodowego, w ocenie składu orzekającego również okoliczności podniesione w

odwołaniu nie uzasadniałyby stwierdzenia, że oświadczenia w JEDZ utraciły w toku postępowania swoją aktualność. Zasadniczą przeszkodą stanowiło bowiem stwierdzenie, że sytuacja faktyczna Wykonawcy istniejąca tak na dzień składania pierwszego oświadczenia w JEDZ, jak również na moment jego utrzymania na wezwanie Zamawiającego, a następnie skorygowanego z inicjatywy samego Wykonawcy, nie uległa zmianie. W szczególności takiej zmiany nie determinował wyrok KIO z lipca 2022 r., który wyłącznie zawierał ocenę prawną w kontekście wypełnienia przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy. Okoliczności dotyczące wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego nie uległy na skutek tego wyroku zmianie, a sama ocena organu orzekającego w żaden sposób nie wpływała na możliwość wypełnienia oświadczenia w JEDZ zgodnie z instrukcją.

Pewną analogię z rozpoznawaną sprawę można dostrzec w orzeczeniu Sądu Okręgowego w Lublinie z 13.11.2020 r., sygn. akt IX Ga 646/20. Sąd uwzględniając chronologię zdarzeń, kiedy po odstąpieniu od umowy i wniesieniu powództwa przez wykonawcę doszło ostatecznie do zawarcia ugody przed sądem i umorzenia postępowania sądowego uznał, iż doszło do rozwiązania umowy w wyniku nieprawidłowości przy jej realizacji, w tym nieterminowości po stronie wykonawcy. Sąd wskazał, iż ugoda nie przekreśla faktu istnienia nieprawidłowości przy realizacji umowy i korzysta z domniemania zgodności z prawem, nie zaś powagi res iudicata. Z powagi rzeczy osądzonej korzysta bowiem jedynie sentencja wyroku, a nawet jego motywy tylko w takich granicach w jakich stanowią konieczne uzupełnienie rozstrzygnięcia, niezbędne dla wyjaśnienia jego zakresu. W JEDZ wykonawca nie podał szczegółowych informacji zaznaczając odpowiedź „NIE", uznając arbitralnie, wbrew intencji prawodawcy, że nie znajduje się w opisanej pytaniem sytuacji, bo w ugodzie sądowej ujęto zapis, że rozwiązanie umowy nastąpiło na zasadzie porozumienia stron bez winy którejkolwiek ze stron. Zdaniem Sądu obowiązkiem wykonawcy było wskazanie informacji o rozwiązanych umowach w tym celu, aby zamawiający mógł zweryfikować wystąpienie przesłanki do wykluczenia z postępowania opisanej w przepisie krajowym. Odejście od jasnego, jednoznacznego sensu przepisu z naruszeniem wskazanych reguł powoduje dokonanie wykładni prawotwórczej, będącej przykładem wykładni contra legem. Z przepisów nie wynika uprawnienie wykonawcy do oceny, czy w stosunku do niego zaszły okoliczności, które mogą skutkować jego wykluczeniem. Rubryka w JEDZ pomija element odpowiedzialności czy winy po którejkolwiek stronie umowy, a ten aspekt jest podnoszony dopiero w kolejnej rubryce JEDZ.

Mając powyższe na uwadze skład orzekający Izby uznał, iż w sytuacji, gdy doszło do rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, okoliczność ta uzasadniała zaznaczenie odpowiedzi TAK, co Odwołujący uczynił w sposób nieskuteczny dopiero po wyroku Izby. Tym samym cała procedura samooczyszczenia nie mogła wywoływać skutku dla oceny podmiotowej Wykonawcy. W sprawie nie zachodziła zatem potrzeba szczegółowej oceny środków jakie przedsięwziął Wykonawca i Izba w tym zakresie odstąpiła od przedstawienia swojego stanowiska.

W odniesieniu do drugiego zarzutu wspólnego dla obu odwołań Izba przyjęła, jako własne argumenty i oceny dokonane przez Zamawiającego, w szczególności w zakresie dotyczącym uznania, iż Wykonawca w sposób niedostateczny wykazał wartość gospodarczą informacji, co czyniło nieskutecznym zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze ugruntowane orzecznictwo Izba uznała, iż uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób lakoniczny czyniło to zastrzeżenie nieskutecznym. W szczególności już sam brak wykazania wartości gospodarczej informacji prowadzić musiał do uznania, iż Wykonawca nie wykazała przed Zamawiającym zasadności dokonanego zastrzeżenia. W uzasadnieniu zastrzeżenia Odwołujący powołał się na wartość zamówień, jakie pozyskiwał w ramach przetargów, co miało przekonać o wartości gospodarczej informacji związanych z rozwiązaniem przed czasem umowy i podjętymi działaniami naprawczymi. W ocenie składu orzekającego nie można w oparciu o samo zestawienie wartości zamówień, jakie podmiot realizował przesądzić o wpływie, jaki miałyby mieć informacje zastrzeżone na możliwości ich pozyskania w przyszłości. Sam fakt traktowania tych informacji przez Wykonawcę jako tajemnicy przedsiębiorstwa i ich gołosłowna ocena jako istotnych dla funkcjonowania na rynku nie jest wystarczające dla uznania, iż wykazana została przesłanka pozwalająca traktować je jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze sposób w jaki Odwołujący w uzasadnieniu wykazywał spełnienie przesłanek dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający nie mógł przyjąć, iż zachodzi podstawa dla wyłączenia zasady jawności w postępowaniu. W tej materii na uwagę zasługują argumenty zawarte w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 24.02.2022, sygn.. XXIII Zs 133/21, w których podnoszone jest, iż wszelkie przepisy

wprowadzające ograniczenie jawności postępowania i jako wyjątki od ogólnej zasady powinny podlegać wykładni zacieśniającej. Żadne zastosowanie przepisów dopuszczających ograniczenie zasady jawności nie może zatem prowadzić do wyłączenia zasady jawności i przejrzystości postępowania, czy zachowania ich jedynie w szczątkowej, fasadowej postaci. Za błędne należy uznać stanowisko jakoby sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych miałby być wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazania pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 u.z.n.k. Co do zasady zawsze istnieje obowiązek wykazania wartości gospodarczej zastrzeganej informacji. Wskazanie wartości gospodarczej może przy tym przejawiać się zarówno poprzez podanie pewnej kwoty, ale może zostać też zrealizowane poprzez wskazanie, jakie zyski generuje dana informacja lub też jakie koszty zostaną zaoszczędzone. Nie jest istotne czy wartość gospodarcza jest wysoka, czy niska, ważne jest aby ta wartość istniała i jako taka została wykazana w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji. O ile w przypadku ujawnienia zastrzeżonych informacji mogłoby wystarczyć ogólne uzasadnienie odwołujące się do podstawowych zasad, o tyle już w przypadku uznania zastrzeżenia za skuteczne, uzasadnienie to powinno zawierać szczegółowe i drobiazgowe wyjaśnienie okoliczności i argumentów przemawiających za uznaniem zastrzeżenia jako skuteczne.

W świetle powyższego odwołania w całości podlegały oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 8 ust. 2

oz. 2437). Izba uwzględniła wniosek Zamawiającego
o zasądzenie kosztów pełnomocnika w obu sprawach na podstawie rachunków złożonych przed zamknięciem rozprawy.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....

Członkowie: