

WYROK

Warszawa, dnia 18 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Chudzik

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2024 r. przez wykonawcę Ćwik i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci z siedzibą w Warszawie,

w postępowaniu prowadzonym Babiogórski Park Narodowy z siedzibą w Zawoi,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy „JZP Kancelaria Adwokacka” J., Ziaja-Pisula, Z. i Partnerzy Spółka Partnerska z siedzibą w Katowicach,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- b) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem, że doświadczenie osoby skierowanej do realizacji zamówienia w ramach funkcji specjalisty ds. zamówień publicznych nie pozwala na przyznanie ofercie wykonawcy „JZP Kancelaria Adwokacka” J., Ziaja-Pisula, Z. i Partnerzy Spółka Partnerska z siedzibą w Katowicach punktów w ramach kryterium oceny ofert pn. „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia” odnoszącego się do specjalisty ds. zamówień publicznych,
- c) wezwanie wykonawcy „JZP Kancelaria Adwokacka” J., Ziaja-Pisula, Z. i Partnerzy Spółka Partnerska z siedzibą w Katowicach – na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp – do uzupełnienia Wykazu osób na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia specjalisty ds. zamówień publicznych,
- d) ujawnienie całości wyjaśnień dotyczących ceny, złożonych przez wykonawcę „JZP Kancelaria Adwokacka” J., Ziaja-Pisula, Z. i Partnerzy Spółka Partnerska z siedzibą w Katowicach;

2. Kosztami postępowania obciąża Babiogórski Park Narodowy z siedzibą w Zawoi i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 665/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Babiogórski Park Narodowy z siedzibą w Zawoi – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Kompleksowa obsługa prawna, obsługa zamówień publicznych oraz doradztwo budowlane w ramach realizacji projektu "Budowa Centrum Edukacji Przyrodniczej MORGI" finansowanego ze środków Unii Europejskiej*. Wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 12 stycznia 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00034422/01.

W dniu 28 lutego 2024 r. wykonawca Ćwik i Partnerzy Radcowie prawni i Adwokaci wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawcy „JZP Kancelaria Adwokacka J., Ziaja-Pisula, Z. i Partnerzy Spółka Partnerska (dalej: JZP) jako najkorzystniejszej i wobec nieprawidłowej oceny tej oferty oraz wobec nieprawidłowego uznania, że złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia dotyczące ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i zaniechania udostępnienia tych wyjaśnień. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zarzucam naruszenie przepisów:

- 1)art. 239 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, przez przyznanie wykonawcy JZP 15 punktów w ramach kryterium „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”, odnoszącego się do specjalisty ds. zamówień publicznych, a tym samym dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy, którego oferta nie została wybrana zgodnie z przepisami ustawy i która nie jest ofertą najkorzystniejszą;
- 2)art. 128 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, przez zaniechanie wezwania wykonawcy JZP do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci Wykazu osób, mimo że opisane tam doświadczenie osoby skierowanej do realizacji zamówienia w ramach funkcji specjalisty ds. zamówień publicznych nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. 19.1.4 lit a tiret drugie SWZ;
- 3)art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 i art. 16 ustawy Pzp, polegające na:
- a)uznaniu, że wyjaśnienia ceny oferty złożone przez wykonawcę JZP stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, mimo że wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;
 - b)wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy JZP z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wobec uniemożliwienia Odwołującemu weryfikacji prawidłowości przeprowadzenia przez Zamawiającego badania, czy oferta Wykonawcy JZP nie zawiera ceny rażąco niskiej.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenia badania i oceny ofert w tym:

- uznania, że doświadczenie osoby skierowanej do realizacji zamówienia w ramach funkcji specjalisty ds. zamówień publicznych nie pozwala na przyznanie 15 pkt w ramach kryterium oceny ofert pn. „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia” odnoszącego się do specjalisty ds. zamówień publicznych,
- uznania za bezskuteczne w całości zastrzeżenia przez wykonawcę JZP jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny oferty,
- udostępnienia Odwołującemu w całości ww. wyjaśnień.

Zarzuty dotyczące doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia

Odwołujący wskazał, że zgodnie z opisem warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. 19.1.4 lit a tiret drugie SWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy skierują do wykonania zamówienia:

co najmniej 1 osobę specjalisty ds. zamówień publicznych, która posiada doświadczenie w postaci przygotowania i przeprowadzenia min. 1 postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne dla robót budowlanych w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 Pzp w ramach projektów inwestycyjnych budowlanych, w okresie ostatnich 3 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert;

Przez osobę specjalisty ds. zamówień publicznych rozumie się osobę z co najmniej 2 letnim doświadczeniem w procedowaniu postępowań na podstawie ustawy Pzp z dnia 11 września 2019 r. po stronie Zamawiającego.

Dalej Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdz. 16.1. lit. b tiret drugie SWZ, Zamawiający ustanowił kryterium oceny ofert pn. „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”, w którym postanowił punktować multiplikację doświadczenia osoby skierowanej do pełnienia roli specjalisty ds. zamówień publicznych wymaganego w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa wyżej:

W ramach kryterium „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia” ocenie podlegać będzie doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia z zakresu ich specjalności w obsłudze projektów inwestycyjnych budowlanych oraz zamówień publicznych, wg następujących kryteriów: specjalista ds. zamówień publicznych – ilość przygotowanych i przeprowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne dla robót budowlanych w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Pzp, w ramach projektów inwestycyjnych budowlanych, w okresie ostatnich 3 lat:

- 1 postępowanie – 0 pkt.*
- 2 postępowania – 5 pkt.*
- 3 postępowania – 10 pkt.*
- 4 lub więcej postępowań – 15 pkt.*

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający rozróżnił doświadczenie polegające na przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (które polegać miało na faktycznym wykonywaniu takich czynności z

ramienia Zamawiającego) od doświadczenia w świadczeniu pomocy prawnej związanej z prowadzonymi postępowaniami o udzielenie zamówienia (brania udziału w obsłudze prawnej – por. rozdz. 16.1. lit. b tiret pierwsze czy rozdz. 19.1.4 lit. b tiret pierwsze SWZ). Zdaniem Odwołującego, takie rozróżnienie podyktowane jest też zakresem zadań, jakie wykonywać ma specjalista ds. zamówień publicznych realizując zamówienie. Nie polegają one na świadczeniu pomocy prawnej, a na faktycznym wykonywaniu czynności związanych z prowadzeniem i przygotowaniem postępowania (obsługą zamówień publicznych), co wskazano w SWZ i wzorze umowy.

Odwołujący powołał się na przepisy art. 37 ust. 1, 3 i 4 oraz art. 52 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i podniósł, że z przepisów tych wynika, że „przygotowanie i przeprowadzenie postępowania” jest wyrażeniem ustawowym, a dla dokonania tych czynności konieczne jest posiadanie stosownego umocowania w postaci powierzenia czynności (w wypadku pracowników zamawiającego) lub pełnomocnictwa (w wypadku osób innych niż pracownicy zamawiającego). Czynności z zakresu przygotowania postępowania i jego przeprowadzenia, regulowane są przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że wykonawca JZP zadeklarował w formularzu ofertowym i na potrzeby przyznania punktów w kryterium „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”, że osoba, jaką skieruje do realizacji zamówienia do pełnienia funkcji specjalisty ds. zamówień publicznych, posiada doświadczenie w przygotowaniu i przeprowadzeniu 4 lub więcej postępowań o udzielenie zamówienia publicznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne dla robót budowlanych w oparciu o przepisy ustawy Pzp. Do pełnienia funkcji specjalisty ds. zamówień, JZP skierowało adw. J.J.. W celu wykazania doświadczenia tej osoby w przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w treści złożonego Wykazu osób podano następujące informacje:

*posiada co najmniej 2 letnie doświadczenie w procedowaniu postępowań na podstawie ustawy Pzp z dnia 11 września 2019 r. po stronie Zamawiającego – TAK/NIE**

*posiada doświadczenie w postaci przygotowania i przeprowadzenia min. 1 postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne dla robót budowlanych w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Pzp w ramach projektów inwestycyjnych budowlanych w okresie ostatnich 3 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert – TAK/NIE**

Szczegółowy opis posiadanego doświadczenia w zakresie wskazanym powyżej:

- 1)obsługa prawna projektów pn. „Zintegrowany projekt modernizacji i rozwoju infrastruktury tramwajowej w Aglomeracji Śląsko-Zagłębiowskiej wraz z zakupem taboru tramwajowego - Etap I”, „Zintegrowany projekt modernizacji i rozwoju infrastruktury tramwajowej w Aglomeracji Śląsko- Zagłębiowskiej wraz z zakupem taboru tramwajowego – etap II” i „Zintegrowany projekt modernizacji i rozwoju infrastruktury tramwajowej w Aglomeracji Śląsko- Zagłębiowskiej wraz z zakupem taboru tramwajowego – etap III” współfinansowanych przez Unię Europejską ze środków Funduszu Spójności w ramach Programu Infrastruktura i Środowisko na rzecz Spółki Tramwaje Śląskie S.A.*
- 2)w okresie od 1.01.2021 do 31.10.2022 r. przygotowanie i przeprowadzenie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne dla robót budowlanych w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Pzp dla zadań:*
 - a)„Przebudowa torowiska tramwajowego wzdłuż trasy im. Nikodema i Józefa Renców wKatowicach na odcinku od ul. Wiśniowej do ul. Brackiej”,*
 - b)„Przebudowa infrastruktury tramwajowej w Świętochłowicach w ciągu ul. Katowickiej, od granicy z Chorzowem do ul. Żołnierskiej” – zadanie nr 5.2*
 - c)Przebudowa infrastruktury tramwajowej w ciągu ul. Wojska Polskiego w Sosnowcu, od ul. Gen. Andersa do ul. Orłąt Lwowskich (dobudowa drugiego toru)” – zadanie nr 2.4*
- 3)obsługa prawa Projektu pn. „Budowa i przebudowa infrastruktury związanej z rozwojem funkcji gospodarczych na szlakach wodnych Wielkich Jezior Mazurskich wraz z budową śluzy „Guzianka II” i remontem śluzy „Guzianka I” Etap IIB –przebudowa i umocnienie 5 kanałów na szlaku od Mikołajek do Giżycka”(od.06.222 do nadal)*
- 4)doradztwo prawne w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne dla robót budowlanych w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Pzp w ramach prowadzonych w ramach projektu powyżej:*
 - a) „Przebudowa i umocnienie Kanału Giżyckiego”.*

Odwołujący podniósł, że doświadczenie adw. J.J. zawarte w pkt 1, 3 i 4 powyżej nie potwierdza spełnienia wymagania przygotowania i przeprowadzenia postępowań o udzielenie zamówień. Wprost bowiem wskazano, że doświadczenie to polegało na: „obsłudze prawnej” lub „doradztwie prawnym”, a nie na przygotowaniu i przeprowadzeniu

postępowania (abstrahując nawet od tego, że w pkt 1 i 3 nie wskazano żadnych konkretnych postępowań o udzielenie zamówień, a projekty realizowane przez zamawiających).

W odniesieniu do doświadczenia opisanego w punkcie 2 Wykazu Odwołujący podniósł, że pomimo wskazania w treści tego punktu, że przygotowała ona i przeprowadziła wymienione tam trzy postępowania o udzielenie zamówienia, w rzeczywistości zakres obowiązków tej osoby związany z tymi postępowaniami był inny i mógł polegać na świadczeniu pomocy prawnej. Wymienione w tym punkcie postępowania o udzielenie zamówienia prowadzone były przez Tramwaje Śląskie S.A. w ramach projektów wskazanych w pkt 1 Wykazu. Umowa jaka łączyła wykonawcę JZP i Tramwaje Śląskie SA nie opiewała na przygotowanie i prowadzenie postępowań (w rozumieniu art. 37 i 52 ustawy Pzp), a na świadczeniu pomocy prawnej związanej z postępowaniami o udzielenie zamówień publicznych. Tym samym, adw. J.J. nie mogła wykonywać czynności związanych z przygotowaniem i prowadzeniem postępowań wymienionych w pkt 2 Wykazu i nabyć wymaganego w omawianym zakresie przez Zamawiającego doświadczenia.

Zdaniem Odwołującego, powyższe nie tylko powinno skutkować przyznaniem ofercie wykonawcy JZP 0 pkt w kryterium odnoszącym się do doświadczenia specjalisty ds. zamówień ale i uznaniem, że złożony Wykaz osób nie potwierdza warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do doświadczenia takiej osoby.

Zarzut dotyczący zaniechanie odtajnienia wyjaśnień ceny oferty

Odwołujący wskazał, że 7 lutego 2024 r. wykonawca JZP złożył na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia ceny oferty, oświadczając, że stanowią one tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący powołał się na treść art. 18 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i podniósł, że posiadanie przez dane informacje statusu tajemnicy przedsiębiorstwa musi zostać udowodnione, tj. wykazane za pomocą odpowiednich środków dowodowych, a nie tylko deklaracji wykonawcy zawsze, kiedy jest to możliwym. Negatywne ryzyko niezadośćczynienia ustawowym regulacjom w zakresie możliwości ochrony danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa obciążają zawsze wykonawcę, zwłaszcza w świetle podstawowej zasady uregulowanej w ustawie Pzp, jaką jest zasada jawności postępowania. Wszelkie wyjątki od tej zasady, powinny być bowiem traktowane maksymalnie ściśle. Co za tym idzie, nawet gdy dana, zastrzeżona informacja mogłaby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, to brak wykazania tej okoliczności w sposób, o którym mowa wyżej, przekreśla możliwość utajnienia takiej informacji.

Zdaniem Odwołującego, wykonawca JZP nie wykazał, aby zastrzegane przez niego informacje wpisywały się w definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Po pierwsze, treść przedmiotowych wyjaśnień stanowi w przeważającej mierze parafrazę przepisów art. 18 ust. 3 ustawy Pzp i art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz sprowadzona jest do takiego poziomu ogólności, że w zasadzie mogłaby być przedłożona przy zastrzeżeniu każdego rodzaju informacji i w każdym postępowaniu, nawet niezwiązanym ze świadczeniem pomocy prawnej.

W ocenie Odwołującego, wykonawca JZP nie wykazał w szczególności faktu, że zastrzegane informacje nie są powszechnie znane wśród osób zajmujących się tego rodzaju informacjami lub, że nie są łatwo dostępne dla takich osób oraz faktycznego podjęcia działań w celu utrzymania ich w poufności.

W odniesieniu do pierwszej z ww. przesłanek Odwołujący podniósł, że wykonawca JZP w zasadzie złożył w tym zakresie jedynie deklarację własną i to w treści samych wyjaśnień. W szczególności nie wykazał, że w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia, również zastrzega informacje strukturze czy polityce płacowej lub sposobie kształtowania ceny w ramach zamówień polegających na świadczeniu pracy przez skierowany personel, albo aby zobowiązał kogokolwiek ze swojej organizacji do zachowania przedmiotowych informacji w tajemnicy. Tymczasem wyjaśnienia wykonawcy JZP składane w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia są jawne i każdy może zapoznać się z obecnie utajnianą metodologią konstruowania ceny oferty przez tego wykonawcę.

Ponadto Odwołujący podniósł, że wykonawca JZP nie wykazał powzięcia działań mających na celu utrzymanie zastrzeganych informacji w poufności, powołał się bowiem na rzekomo stosowane w tym zakresie środki, które mają one najwyżej charakter pozorny. Wykonawca pomimo deklaracji w tym zakresie, nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu potwierdzającego realne stosowanie tych działań i środków.

Zdaniem Odwołującego, utajnienie przez Wykonawcę JZP informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny jego oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter iluzoryczny i służy wyłącznie do utrudnienia weryfikacji przez konkurencyjnych wykonawców prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego oceny tych wyjaśnień. Powyższą ocenę potwierdza fakt – również nieprawidłowy – utajnienia całości wyjaśnień ceny oferty, a nie ewentualnie poszczególnych informacji tam zawartych. Trudno przyjąć za racjonalne stanowisko, aby cała treść przedmiotowych wyjaśnień tj. absolutnie wszystkie podane tam informacje, posiadały wartość gospodarczą.

Odwołujący podniósł również, że wykonawca JZP w żaden sposób nie wyjaśnił, na czym polegać ma gospodarczy charakter utajnianych informacji, w szczególności z jakich względów, jego zawarta w przedmiotowych wyjaśnieniach kalkulacja ma charakter unikalnej czy wyjątkowej, zwłaszcza w kontekście wymagania Zamawiającego opiewającego na skierowanie do realizacji zamówienia określonej w ofercie grupy osób. Sam bowiem fakt, że utajniane informacje zawarte są w wyjaśnieniach ceny oferty, nie przesądza sam przez się, że mają one wartość gospodarczą. Odwołujący nie skomentował też w żaden sposób, w jaki sposób, ryzyko zapoznania się przez konkurencję z konstrukcją jego ceny oferty, przełożyć mogłaby się na jego interes gospodarczy. Co więcej, wykonawca nie utajnił załączników do złożonych i utajnionych wyjaśnień, a prawdopodobnie przedmiotowe wyjaśnienia przedstawiają kalkulacje oparte na danych płynących z pozostających jawnymi załączników.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający, pomimo opisanych wyżej uchybień po stronie w zakresie wykazania zasadności utajnienia wyjaśnień, które powinny skutkować ich negatywną oceną i ujawnieniem przedmiotowych dokumentów, zaaprobował te wyjaśnienia. W kontekście wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy JZP, uchybienie to jawi się jako naruszenie zasad ustawy Pzp, w tym równego traktowania wykonawców i zapewnienia uczciwej konkurencji. Na skutek bowiem tego uchybienia, Odwołujący pozbawiony został możliwości weryfikacji prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego oceny oferty JZP pod kątem ceny rażąco niskiej, co stanowi przecież przesłankę odrzucenia oferty.

Zdaniem Odwołującego, powyższe powinno skutkować również nakazaniem unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Tylko bowiem w ten sposób, Odwołujący zyska szansę na zapoznanie się z treścią utajnionych obecnie wyjaśnień oraz dokonanie oceny zasadności wniesienia środka ochrony prawnej w przedmiocie zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy JZP. Nie jest natomiast koniecznym na obecnym etapie – niejako „w ciemno” – stawianie zarzutów związanych z ceną rażąco niską lub z brakiem złożenia wyjaśnień w tym zakresie we wszystkich aspektach wymaganych przez Zamawiającego w treści wezwań.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca „JZP Kancelaria Adwokacka” J., Ziaja-Pisula, Z. i Partnerzy Spółka Partnerska. Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na Zamawiającego.

Zarzuty dotyczące doświadczenia specjalisty ds. zamówień publicznych

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W punkcie 19.1.4 lit. b SWZ Zamawiający wymagał w ramach warunku udziału w postępowaniu dysponowania m.in.:

–co najmniej 1 osobą posiadającą uprawnienia do wykonywania zawodu adwokata na podstawie ustawy Prawo o adwokaturze lub radcy prawnego na podstawie ustawy o radcach prawnych, legitymującego się wpisem do rejestru okręgowej izby adwokatów lub radców prawnych, która posiada doświadczenie w postaci brania udziału w ramach obsługi prawnej w min. 1 projekcie inwestycyjnym budowlanym, w ramach którego prowadzono postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne dla robót budowlanych w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Pzp, w okresie ostatnich 3 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert;

–co najmniej 1 osobą specjalisty ds. zamówień publicznych, która posiada doświadczenie w postaci przygotowania i przeprowadzenia min. 1 postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne dla robót budowlanych w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 Pzp w ramach projektów inwestycyjnych budowlanych, w okresie ostatnich 3 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert;

Przez osobę specjalisty ds. zamówień publicznych rozumie się osobę z co najmniej 2 letnim doświadczeniem w procedowaniu postępowań na podstawie ustawy Pzp z dnia 11 września 2019 r. po stronie Zamawiającego;

Zgodnie z punktem 16.1 lit. b SWZ jednym z kryteriów oceny ofert, o wadze 45%, jest Doświadczenie osób

wyznaczonych do realizacji zamówienia, przy czym w odniesieniu do doświadczenia specjalisty ds. zamówień publicznych Zamawiający przewidział m.in. następujące zasady przyznawania punktów:

adwokat lub radca prawny legitymujący się wpisem do rejestru okręgowej izby adwokatów lub radców prawnych – ilość projektów inwestycyjnych budowlanych w ramach których prowadzono postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne dla robót budowlanych, w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Pzp, w których brał udział w ramach obsługi prawnej w okresie ostatnich 3 lat:

–1 projekt – 0 pkt.

–2 projekty – 5 pkt.

–3 projekty – 10 pkt.

–4 lub więcej projektów – 15 pkt.

specjalista ds. zamówień publicznych – ilość przygotowanych i przeprowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne dla robót budowlanych w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Pzp, w ramach projektów inwestycyjnych budowlanych, w okresie ostatnich 3 lat:

–1 postępowanie – 0 pkt.

–2 postępowania – 5 pkt.

–3 postępowania – 10 pkt.

–4 lub więcej postępowań – 15 pkt.

Ponadto, zgodnie z punktem 16.1. lit. b SWZ, wykonawca w dedykowanym segmencie w formularzu ofertowym zadeklaruje doświadczenie dla każdej z osób w odpowiednim miejscu.

Przystępujący w formularzu ofertowym oświadczył, że osoba mająca pełnić funkcję specjalisty ds. zamówień publicznych posiada doświadczenie w przygotowaniu i przeprowadzeniu 4 lub więcej postępowań o udzielenie zamówienia.

Pismem z 9 lutego 2024 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, a następnie, pismem z 20 lutego 2024 r. – na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp – do uzupełnienia wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Zamawiający wskazał w wezwaniu, że wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych złożył podmiotowy środek dowodowy – wykaz osób, jednak:

–wykazał w nim doświadczenie osoby advokata lub radcy prawnego w postaci brania udziału w ramach obsługi prawnej w 2 projektach inwestycyjnych budowlanych, a w ofercie zadeklarował, że to doświadczenie wynosi 4 lub więcej projektów,

–wykazał w nim doświadczenie osoby specjalisty budowlanego w postaci brania udziału jako inspektor nadzoru bądź kierownik robót w 1 projekcie inwestycyjnym budowlanym, a w ofercie zadeklarował, że to doświadczenie wynosi 4 lub więcej projektów,

–nie wskazał podstaw dysponowania osobą specjalisty ds. zamówień publicznych oraz specjalisty budowlanego.

Przystępujący w uzupełnionym Wykazie osób jako specjalistę ds. zamówień publicznych wskazał adw. J.J., podając, że posiada następujące doświadczenie:

1) *obsługa prawna projektów pn. „Zintegrowany projekt modernizacji i rozwoju infrastruktury tramwajowej w Aglomeracji Śląsko-Zagłębiowskiej wraz z zakupem taboru tramwajowego - Etap I”, „Zintegrowany projekt modernizacji i rozwoju infrastruktury tramwajowej w Aglomeracji Śląsko-Zagłębiowskiej wraz z zakupem taboru tramwajowego – etap II” i „Zintegrowany projekt modernizacji i rozwoju infrastruktury tramwajowej w Aglomeracji Śląsko-Zagłębiowskiej wraz z zakupem taboru tramwajowego – etap III” współfinansowanych przez Unię Europejską ze środków Funduszu Spójności w ramach Programu Infrastruktura i Środowisko na rzecz Spółki Tramwaje Śląskie S.A.*

2) *w okresie od 1.01.2021 do 31.10.2022 r. przygotowanie i przeprowadzenie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne dla robót budowlanych w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Pzp dla zadań:*

a) *„Przebudowa torowiska tramwajowego wzdłuż trasy im. Nikodema i Józefa Renców w Katowicach na odcinku od ul. Wiśniowej do ul. Brackiej”,*

b) „Przebudowa infrastruktury tramwajowej w Świętochłowicach w ciągu ul. Katowickiej, od granicy z Chorzowem do ul. Żołnierskiej” – zadanie nr 5.2

c) Przebudowa infrastruktury tramwajowej w ciągu ul. Wojska Polskiego w Sosnowcu, od ul. Gen. Andersa do ul. Orłąt Lwowskich (dobudowa drugiego toru) – zadanie nr 2.4

3) obsługa prawa Projektu pn. „Budowa i przebudowa infrastruktury związanej z rozwojem funkcji gospodarczych na szlakach wodnych Wielkich Jezior Mazurskich wraz z budową śluzy „Guzianka II” i remontem śluzy „Guzianka I” Etap IIB – przebudowa i umocnienie 5 kanałów na szlaku od Mikołajek do Giżycka” (od 06.222 do nadal)

4) doradztwo prawne w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne dla robót budowlanych w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Pzp w ramach prowadzonych w ramach projektu powyżej:

a) „Przebudowa i umocnienie Kanału Giżyckiego”.

Zamawiający pismem z 23 lutego 2024 r. poinformował o przyznaniu Przystępującemu maksymalnej liczby punktów w kryterium dotyczącym doświadczenia *Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia* i o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Stosownie do art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w , podmiotowych środkach dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

W ocenie Izby Zamawiający naruszył powyższe przepisy ustawy, nie wzywając Przystępującego do uzupełnienia wykazu osób, mimo niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu i przyznając mu maksymalną liczbę punktów w kryterium dotyczącym doświadczenia specjalisty ds. zamówień publicznych.

Po pierwsze stwierdzić należy, że dla spełnienia warunku nie było wystarczające jakiekolwiek doświadczenie związane z procesem udzielania zamówień publicznych, w tym obsługa prawna takiego postępowania. Zauważenia wymaga bowiem, że Zamawiający rozróżnił doświadczenie polegające na przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego od doświadczenia polegającego na świadczeniu pomocy prawnej związanej z prowadzonymi postępowaniami o udzielenie zamówienia – były to odrębne warunki określone odpowiednio w punkcie 16.1. lit. b tiret pierwsze i drugie SWZ. Analogiczne rozróżnienie dotyczy kryterium oceny ofert (pkt 19.1.4 lit. b tiret pierwsze i drugie SWZ). Należy zgodzić się z Odwołującym, że takie rozróżnienie podyktowane jest zakresem zadań, jakie wykonywać ma specjalista ds. zamówień publicznych realizując zamówienie – w punkcie 4 SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) ppkt 3 wyraźnie wyodrębniono obsługę prawną świadczoną przez adwokata/radcę prawnego od obsługi zamówień publicznych świadczonej przez specjalistę ds. zamówień publicznych. Zadania tego specjalisty nie polegają na świadczeniu pomocy prawnej, ale na faktycznym wykonywaniu czynności związanych z prowadzeniem i przygotowaniem postępowania (obsługą zamówień publicznych). Taki udział w przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania regulowany jest przepisami ustawowymi. Zgodnie z art. 37 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia przygotowuje i przeprowadza zamawiający, a zgodnie z przepisem art. 52 ust. 1 ustawy Pzp, za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada kierownik zamawiającego. Jak stanowi przepis art. 52 ust. 2 ustawy Pzp, osoby inne niż kierownik zamawiającego odpowiadają za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie, w jakim powierzono im czynności w postępowaniu oraz czynności związane z przygotowaniem postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że już sam opis doświadczenia przedstawiony przez Przystępującego w punktach 1, 3 i 4 Wykazu osób potwierdza, że nie jest to doświadczenie, które wykazuje spełnianie warunku udziału w postępowaniu i uzasadnia przyznanie punktów. Jest to bowiem doświadczenie w obsłudze prawnej i doradztwie prawnym.

Ponadto, w ocenie Izby Odwołujący wykazał, że również doświadczenie wskazane przez Przystępującego w poz. 2 Wykazu osób nie odpowiada opisowi warunku udziału w postępowaniu oraz wymaganiom określonym w kryterium oceny ofert. Mimo że Przystępujący opisał to doświadczenie jako przygotowanie i przeprowadzenie postępowań, to Odwołujący wykazał, że nie było to doświadczenie tego rodzaju. Odwołujący złożył protokoły z tych postępowań o udzielenie zamówień, w których adw. J.J. nie została wskazana w części dotyczącej osób biorących udział w

postępowaniu.

Zauważenia wymaga, że osoby biorące udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz w jego przygotowaniu podlegają ujawnieniu w protokole postępowania. Zgodnie z § 3 pkt 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, protokół postępowania zawiera informacje dotyczące osób wykonujących czynności związane z przeprowadzeniem postępowania lub osób mogących wpłynąć na wynik postępowania, w tym osób wykonujących czynności związane z przygotowaniem postępowania. Zgodnie z wzorem m.in. protokołu ZP-PN, w punkcie 5 wskazuje się *osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania lub osoby mogące wpłynąć na wynik postępowania, w tym osoby wykonujące czynności związane z przygotowaniem postępowania*, przy czym w poszczególnych podpunktach wskazuje się: kierownika zamawiającego i pracowników, którym powierzył wykonywanie zastrzeżonych dla niego czynności, członków komisji przetargowej, biegłych, a także inne osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania. Wszystkie ww. osoby są zobowiązane przepisem art. 56 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia pod rygorem odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia, oświadczenia w formie pisemnej o istnieniu albo braku istnienia okoliczności uzasadniających ich wyłączenie. Nie jest zatem możliwe, żeby osoba, która brała udział w przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania była jednocześnie osobą, która mogła nie zostać ujawniona w protokole postępowania. Stałoby to w sprzeczności z zasadami jawności i przejrzystości udzielania zamówień publicznych.

Nie jest wystarczającym dowodem przeciwnym wobec przedstawionych przez Odwołującego protokołów postępowań złożone przez Przystępującego zapytanie ofertowe Tramwajów Śląskich S.A. dotyczące świadczenia kompleksowej obsługi prawnej związanej z przygotowaniem i realizacją Projektów pn. „Zintegrowany projekt modernizacji i rozwoju infrastruktury tramwajowej w Aglomeracji Śląsko-Zagłębiowskiej wraz z zakupem taboru tramwajowego – etap I” oraz „Zintegrowany projekt modernizacji i rozwoju infrastruktury tramwajowej w Aglomeracji Śląsko-Zagłębiowskiej wraz z zakupem taboru tramwajowego – etap II”. O ile dokument ten zawiera opis przedmiotu zamówienia, określający zakres zamawianych usług, to w żadnej mierze nie stanowi dowodu na okoliczność, że osoba wskazana w wykazie przygotowała i prowadziła te postępowania. Przystępujący nie przedstawił dowodów, które wprost potwierdzałyby udział adw. Joanny J. w przygotowaniu i prowadzeniu tych postępowań, ponadto nie przedstawił żadnych dowodów w odniesieniu do pozostałych usług, nie wykazał też, że złożone przez Odwołującego protokoły z postępowań nie odpowiadały stanowi faktycznemu.

Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego, że doświadczenie, które wskazał w Wykazie osób dotyczy jedynie spełniania warunków udziału w postępowaniu i nie obejmuje doświadczenia podlegającego punktowaniu w ramach kryterium oceny ofert, gdyż co do tego doświadczenia Zamawiający nie wymagał przedstawienia informacji dotyczących zakresu zrealizowanych usług. Izba stwierdziła, że Przystępujący ujął w nim nie tylko jedno zadanie dotyczące warunku udziału w postępowaniu, ale przedstawił ich więcej, co świadczy o zamiarze podania informacji o całości doświadczenia potrzebnego do uzyskania punktów. Koreluje to z treścią wezwania do uzupełnienia wykazu z 20 lutego 2024 r., w którym Zamawiający wyraźnie zaznaczył, że wynika ono z rozbieżności pomiędzy liczbą zadań podlegających punktacji, zadeklarowanych w formularzu ofertowym, a liczbą przedstawioną w Wykazie. Mimo że wezwanie dotyczyło innych członków personelu wykonawcy, wyraźnie wskazuje ono na powiązanie między zadaniami ocenianymi w ramach kryterium z informacjami wskazywanymi w Wykazie osób. Niezależnie do daleko idących zastrzeżeń dotyczących takiego sformułowania SWZ, że wykonawca nie był zobowiązany już w ofercie podać szczegółowych informacji podlegających ocenie w ramach kryterium pozacenowego (kwestia ta wykracza poza zarzuty odwołania), nie można mieć wątpliwości, że w Wykazie złożonym na wezwanie wykonawca przedstawiał całość doświadczenia. Trudno byłoby przyjąć, że Zamawiający byłby pozbawiony podstawowych informacji, od których zależy ocena oferty i opierał się tylko na przedstawionej w formularzu ofertowym informacji o liczbie postępowań zgodnych z wymaganym doświadczeniem, bez żadnych danych na temat tych zadań.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że oferta Przystępującego nie powinna otrzymać punktów za doświadczenie specjalisty ds. zamówień publicznych oraz że Przystępujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia tego specjalisty. W związku z tym Izba nakazała wezwanie Przystępującego do uzupełnienia Wykazu osób w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, Przystępujący nie był jeszcze bowiem wzywany w związku z taką nieprawidłowością przedstawionego dokumentu. Należy przy tym wyraźnie zastrzec, że uzupełnienie Wykazu osób może dotyczyć tylko warunku udziału w postępowaniu, nie zaś dodatkowego doświadczenia punktowanego w ramach kryterium oceny ofert.

Zarzuty dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przystępujący w dniu 7 lutego 2024 r. złożył na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny, informując, że zastrzega opisową część wyjaśnień oraz załącznik nr 18. Przystępujący przedstawił uzasadnienie tego zastrzeżenia, w którym – obok teoretycznych wywodów dotyczących definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa oraz cytatów z orzecznictwa – podał:

Przedłożone przez Wykonawcę zastrzeżone informacje dotyczące rozwiązań organizacyjnych, świadczonych usług, personelu i mają dla Wykonawcy wartość organizacyjną, handlową i gospodarczą, gdyż określają w sposób szczegółowy sposób organizacji i funkcjonowania Wykonawcy o wymiernej wartości umożliwiający uzyskanie i realizację wielu zamówień publicznych. Biorąc po uwagę powyższe nie ulega najmniejszej wątpliwości, iż wszelkie dane dotyczące kalkulacji ceny mają znaczenie handlowe i gospodarcze oraz stanowią bezsprzecznie istotną wartość gospodarczą.

Ujawnienie zawartych w wyjaśnieniach – danych i informacji – innym wykonawcom, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, a zatem działających na tym samym rynku co Wykonawca, niesie poważne ryzyko przejęcia przez nich wiedzy i potencjału, którym dysponuje Wykonawca – w tym także – w przypadku kalkulacji ceny – wiedzy w zakresie sposobu konstruowania ceny oferty.

Zapoznanie się z treścią wyjaśnień pozwoli podmiotom, które się z nimi zapoznają na odtworzenie w innych postępowaniach schematu, wg którego konstruowana jest nasza cena ofertowa a tym samym na estymację naszych ofert w innych postępowaniach co zaburza uczciwą konkurencję. (...)

Zastrzeżony dokument, w postaci szczegółowego sposobu kalkulacji ceny, obejmuje bowiem doniosłe z gospodarczego punktu widzenia dane odnoszące się do zastosowanych indywidualnych rozwiązań organizacyjnych, które pozwoliły Wykonawcy na zaoferowanie konkurencyjnej ceny za realizację zamówienia.

Informacje te pozwalają Wykonawcy na uzyskanie przewagi na rynku oraz pozwoliły na skonstruowanie oferty Wykonawcy jako oferty konkurencyjnej, a tym samym mają bezpośredni wpływ na zdolność do składania najkorzystniejszych ofert w postępowaniach przetargowych (publicznych i prywatnych). Ich ujawnienie doprowadziłoby do utraty przewagi konkurencyjnej i tym samym istotnie zagrażałoby pozycji rynkowej Wykonawcy, w tym możliwości zdobywania kolejnych zamówień.

Podkreślić należy również, że rynek na jakim działa Wykonawca, jest rynkiem, na którym działa wiele podmiotów, wobec czego silnie oni ze sobą konkurują oraz prowadzą działania mające na celu jak najszerze pozyskanie informacji gospodarczych o konkurentach. Działania podejmowane przez Wykonawców są często działaniami o charakterze oryginalnym, wobec czego są one pożądane przez konkurencję. Wykonawca często przy postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których startuje, spotyka się z tymi samymi podmiotami, w związku z czym jakiekolwiek informacje poufne udostępnione w tym zamówieniu wywołałoby wyżej wskazane straty dla wszystkich przyszłych przedsięwzięć

Istnieje zasadniczy powód, dla których wskazane informacje mają dla Wykonawcy wartość gospodarczą. Informacje te pozwalają Wykonawcy oferować konkurencyjne ceny w stosunku do pozostałych wykonawców oraz osiągać wysoki zysk.

W zamówieniach w przedmiocie takim jak to prowadzone przez Zamawiającego głównym czynnikiem kształtującym cenę jest wynagrodzenie pracowników. Zauważyć zatem należy, że koszt zatrudnienia jest ustalany indywidualnie przez każdego przedsiębiorcę w oparciu o umowy z zatrudnianymi pracownikami. Utrzymanie tajemnicy wysokości wynagrodzeń pracowników pozwala zachować w poufności politykę cenową przedsiębiorcy.

Niewątpliwie informacja dotycząca sposobu kalkulacji ceny, w tym prowadzonej przez Wykonawcę polityki cenowej, jest informacją mającą wartość gospodarczą. (...)

Jako Wykonawca uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjęliśmy przy zachowaniu należytej staranności, wszelkie możliwe działania w celu utrzymania jej w poufności.

W celu zachowania przedmiotowych informacji w poufności, we wszystkich postępowaniach w których występują dane objęte tajemnicą, kalkulację ceny przeprowadza Partner spółki, odpowiedzialny u Przystępującego za udział Kancelarii w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – tj. R.Z.. Wszelkie decyzje dotyczące stosowanych marż, strategii cenowej oraz ustalania wysokości kosztów zapadają w ścisłym gronie Partnerów. Spotkania na których zapadają powyższe decyzje zawsze odbywają się w osobnym przeznaczonym do tego pomieszczeniu w Kancelarii i zawsze bez udziału osób trzecich.

Zasady postępowania z kosztorysami i kalkulacjami ceny w postępowaniach przetargowych zostały przez Partnerów spółki określone w Uchwale z dnia 7 lipca 2023 roku.

dowód: uchwała partnerów spółki z dnia 7 lipca 2023 roku

Wyjaśnienia składane w ramach niniejszego postępowania, które zostały przez Wykonawcę zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, w tym w szczególności szczegółowa kalkulacja ceny, przygotowane były i podpisane, osobiście przez Partnera spółki. Wszystkie pliki w których zawarta jest tajemnica przedsiębiorstwa, dotyczące postępowania przechowywane są tylko i wyłącznie na nośnikach informacji dostępnych dla tego Partnera.

Jest rzeczą oczywistą i niewymagającą obszerniejszych wyjaśnień, że dostęp do informacji zawartych na tych nośnikach jest chroniony hasłem, znanym jedynie użytkownikowi. Jest to powszechna praktyka w każdym przedsiębiorstwie a już wręcz bezwzględnie wymagana w przypadku wykonywania zawodu adwokata, który jest w posiadaniu dokumentów objętych tajemnicą adwokacką.

Dokument objęty tajemnicą jest w postaci elektronicznej i nie posiada swojej kopii fizycznej, a zatem mając na uwadze powyższe, nie jest możliwe, aby informacje te były powszechnie znane wśród osób zajmujących się tego rodzaju informacjami lub, były łatwo dostępne dla takich osób.

Podjęte działania organizacyjne to:

- 1) stosowanie zasady minimalizacji – tzn. dostęp do poszczególnych informacji mają tylko ci pracownicy, którzy muszą je mieć, żeby wypełniać swoje obowiązki zawodowe; pozostali pracownicy nie mają dostępu do informacji;
- 2) stosowanie zasady czystego biurka;
- 3) przechowywanie dokumentów zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w szafkach zamykanych na klucz lub w sejfie;
- 4) zamykanie na klucz pokoi, w których dostępne są dokumenty zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa;
- 5) przyjmowanie gości wyłącznie w recepcji lub sali konferencyjnej;
- 6) niszczenie dokumentów zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w niszczarce lub korzystanie z usług firmy zajmującej się profesjonalnym niszczeniem dokumentów.

Podjęte działania informatyczne to:

- 5) dostęp do komputerów jest zabezpieczony za pomocą hasła;
 - 6) użytkownicy komputerów są zobowiązani do zachowania haseł w poufności;
 - 7) istnieją szczególne wymogi co do długości i złożoności hasła oraz wymagana jest jego cykliczna zmiana;
 - 4) na komputerach jest zainstalowane oprogramowanie antywirusowe, które jest na bieżąco aktualizowane;
 - 7) zabronione jest instalowanie zewnętrznego oprogramowania bez wcześniejszej konsultacji z firmą informatyczną;
 - 8) szyfrowanie wiadomości, w przypadku wysyłania ich e-mailem;
 - 9) stosowanie ostrzegającej stopki w e-mailach, w których wysyłane są informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.
- (...) Reasumując podjęto niezbędne i uzasadnione okolicznościami działania w celu zachowania w poufności zastrzeżonych informacji, a niniejsze uzasadnienie wykazuje to w odpowiedni sposób.

(...) informacje objęte zastrzeżeniem nie zostały jako całość, ani jako część, ujawnione do wiadomości publicznej i są znane jedynie Partnerom Wykonawcy.

Dokumenty objęte tajemnicą są w postaci elektronicznej i nie posiadają swojej kopii fizycznej, a zatem mając na uwadze powyższe, nie jest możliwe, aby informacje te były powszechnie znane wśród osób zajmujących się tego rodzaju informacjami lub były łatwo dostępne dla takich osób.

Ponadto kalkulacja ceny ofertowej jest specyficzna i inna dla każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec powyższego nawet jeżeli inni wykonawcy weszli w posiadanie informacji na temat kalkulacji cenowej w innych postępowaniach w których brał udział Wykonawca, w żaden sposób nie świadczy to o tym, że powzięli wiedzę na temat kalkulacji cenowej jaką Wykonawca zastosował w tym konkretnym postępowaniu. Z uwagi na to, że każde postępowanie charakteryzują inne wymagania względem wykonawców, inny zakres zamówienia oraz inna specyfika jego realizacji, zastosowana kalkulacja ma charakter unikalny.

Zgodnie z art. 18 ustawy Pzp:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r.), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w .

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Stosownie do art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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 pierwszej kolejności wyraźnego podkreślenia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa pod warunkiem wykazania przez wykonawcę zasadności ich zastrzeżenia. Rolą zamawiającego w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązкови sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się konieczność „wykazania” oznacza obowiązek dużo dalej idący, niż tylko złożenie oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Aby zatem wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, Przystępujący zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1)informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2)informacje 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,
- 3)uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Wyraźnie podkreślić należy, że badaniu przez Izbę podlega czynność Zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba nie docieka natomiast, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. Rozstrzygnięcie zarzutów przez Izbę polega na odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca w ustawowym terminie uzasadnił w sposób wystarczający dokonane zastrzeżenie. Nie jest też rolą Zamawiającego ocena, czy określone informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, zadaniem Zamawiającego jest natomiast zbadanie, czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne.

W ocenie Izby uzasadnienie zastrzeżenia przedłożone przez Przystępującego nie potwierdza zasadności utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa. Przede wszystkim Przystępujący nie sprostał ciężarowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Przedstawione przez niego uzasadnienie zastrzeżenia obejmuje głośowne deklaracje i ma ono charakter na tyle ogólny, że mogłoby w tym samym kształcie zostać przedstawione w każdym innym postępowaniu o udzielenie zamówienia na świadczenie obsługi prawnej czy obsługi zamówień publicznych. Istotną część uzasadnienia, to teoretyczne wywody dotyczące obowiązujących przepisów prawa, poparte cytatami z orzecnictwa, niewnoszące żadnej wiedzy co do zasadności zastrzeżenia konkretnych informacji przedstawionych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W odniesieniu do wartości gospodarczej zastrzeganych informacji przedstawione uzasadnienia zawierają w zasadzie deklaracje wykonawcy o istnieniu takiej wartości, przy czym wartość ta – w ocenie Izby – nie została ani wykazana, ani nawet uprawdopodobniona. Przystępujący zadeklarował jedynie istnienie wymiernej wartości

umożliwiającej uzyskanie i realizację wielu zamówień publicznych. Przystępujący głośno podał, że ujawnienie zawartych w wyjaśnieniach i informacji innym wykonawcom działających na tym samym rynku niesie poważne ryzyko przejścia przez nich jego wiedzy i potencjału. Przyjęcie takiej argumentacji prowadziłoby do nieakceptowalnego wniosku, że wszelkie dane kalkulacyjne w zamówieniach na usługi prawne z zasady powinny być uznane za podlegające ochronie. Dotyczy to również informacji o wynagrodzeniach osób świadczących usługi prawne. Z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie sposób powziąć wiedzy, jakie szczególne cechy można tej informacjom przypisać i w jaki sposób mogłyby one być wykorzystane przez innych wykonawców w przyszłości, w celu stworzenia przewagi konkurencyjnej. Przedstawiony wywód dotyczący wartości gospodarczej informacji stanowi zbiór nieskonkretyzowanych twierdzeń.

Następnie stwierdzić należy, że Przystępujący nie wykazał, że informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa nie są powszechnie znane lub łatwo dostępne, w tym – że nie są ujawniane w innych postępowaniach prowadzonych na podstawie ustawy Pzp. Odwołujący wykazał natomiast, że analogiczne wyjaśnienia składane w innych postępowaniach były odtajniane. Odwołujący przedstawił na tę okoliczność wyjaśnienia złożone przez Przystępującego w postępowaniach dotyczących obsługi prawnej, prowadzonych przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu, Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. oraz Urząd Morski w Szczecinie, wraz z informacjami ww. zamawiających o ujawnieniu tych wyjaśnień.

Odnosząc się do fragmentu uzasadnienia zastrzeżenia, w którym Przystępujący podał, że kalkulacja ceny ofertowej jest specyficzna i inna dla każdego postępowania, wobec czego nawet jeżeli inni wykonawcy weszli w posiadanie informacji na temat kalkulacji cenowej w innych postępowaniach, w żaden sposób nie świadczy to o powzięciu wiedzy na temat kalkulacji cenowej zastosowanej w tym konkretnym postępowaniu, zauważyć należy, że powstaje w związku z tym wątpliwość co do możliwości skorzystania z tych informacji w innych postępowaniach. Jak sam Przystępujący zauważył, każde postępowanie charakteryzują inne wymagania względem wykonawców, mimo to Przystępujący nie wyjaśnił, w jaki sposób informacje przedstawione w przedmiotowym postępowaniu mogą być ze szkodą dla niego wykorzystane przez innych wykonawców w przyszłości.

W odniesieniu do podjętych środków ochrony informacji, Przystępujący powołał się na uchwałę partnerów z 7 lipca 2023 r. określającą zasady postępowania z kosztorysami i kalkulacjami ceny w postępowaniach przetargowych, która zobowiązuje ich do zachowania poufności informacji. W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wskazano jednak, czy wyjaśnienia dotyczące ceny zostały przygotowane przez samych partnerów, czy personel pomocniczy kancelarii nie miał do nich dostępu, a jeśli tak, czy obowiązują go procedury ochrony informacji. Nawet gdyby jednak przyjąć, że dostępu do tych informacji nie miał nikt poza partnerami spółki, który są zobowiązani uchwałą do nieujawniania informacji, to i tak Przystępujący nie wykazał innych przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, w związku z czym podlegają one ujawnieniu.

Odnosząc się do przedstawionego przez Przystępującego dowodu w postaci uzasadnienia zastrzeżenia przez Odwołującego wyjaśnień dotyczących ceny w innym postępowaniu, podkreślenia wymaga, że zasadność takiego zastrzeżenia nie podlega ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie. Nawet jeśli Odwołujący dokonał takiego zastrzeżenia nieprawidłowo, nie może to mieć żadnego znaczenia dla oceny zasadności zastrzeżenia dokonanego przez Przystępującego w przedmiotowym postępowaniu.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 lit. a, b i d oraz § 7 ust. 1 pkt 1 z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Zamawiającego. Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600 zł, z uwagi na fakt, że Odwołujący w postępowaniu odwoławczym nie był reprezentowany przez pełnomocnika, ale przez partnera reprezentującego spółkę. Zauważenia wymaga, że zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej „kosztami”, zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, obejmujące wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych. Przepis ten nie daje podstawy do zasądzenia kosztów w sytuacji, gdy spółka działa w postępowaniu odwoławczym przez partnera uprawnionego do jej reprezentacji.

Przewodnicząca:.....