

WYROK

Warszawa, dnia 20 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Bienias**

Protokolant: **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2025 r. przez wykonawcę **J.N. prowadzący działalność pod firmą „NAPARTY” Usługi Wodno-Kanalizacyjne J.N. z siedzibą w Błoniach**, w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Leszno**,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **Media Control Sp. z o.o. z siedzibą w Marianowie**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w części, uznając za uzasadnione zarzuty nr 1) oraz zarzut nr 3) i nakazuje Zamawiającemu:
 - a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - b) odstąpienie w całości zastrzeżeń do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 20 stycznia 2025 r. zawartych w załącznikach do ww. wyjaśnień, tj. opisowe szczegółowe zestawienie kosztów usługi utrzymania pogotowia wod.kan. oraz opis szczególnie korzystnych okoliczności realizacji zamówienia (załącznik nr 1); szczegółowa kalkulacja kosztów usługi utrzymania pogotowia wod.kan (załącznik nr 2), dowody (załącznik nr 3),
 - c) odrzucenie oferty wykonawcy **Media Control Sp. z o.o. z siedzibą w Marianowie**,
 - d) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala, tj. w zakresie zarzutu nr 2).
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego w części 1/3 i Zamawiającego w części 2/3 i:
 - 3.1. 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 oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
 - 3.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7 400 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy czterysta złotych zero groszy).

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.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 276/25

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Leszno – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

w trybie podstawowym z możliwością negocjacji pn. *„Usuwanie awarii i wykonywanie planowych prac remontowych na sieciach wodociągowych i sieci kanalizacyjnej oraz na utrzymanie całodobowego pogotowia wodociągowo-kanalizacyjnego w Gminie Leszno”*.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2024/BZP 00633506/01 z dnia 2024-12-04.

W dniu 27 stycznia 2025 r. wykonawca J.N. prowadzący działalność pod firmą „NAPARTY” Usługi Wodno-Kanalizacyjne J.N. z siedzibą w Błoniach wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) **Naruszenie art. 226 ust 1 pkt 2 lit b) ustawy pzp w zw. z art. art. 112 ust. 2 pkt 4 i art. 116 ust. 1 pzp** mające istotny wpływ na wynik postępowania, przez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Media Control Sp. z o.o. jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego wykonawcy polegającego na wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej 2 zadań realizowane przez minimum 9 miesięcy odpowiadające przedmiotowi zamówienia, w szczególności dotyczących usuwania awarii i/lub planowych prac na sieciach wodno-kanalizacyjnych o wartości nie mniejszej niż 150 000,00 zł

brutto (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy zł) każde wobec przedstawienia na potwierdzenie spełnienia tego warunku robót budowlanych wykonanych przez podmiot udostępniający swoje zasoby (Wod – Kan) nie spełniających wymagań opisanych w warunku.

2) Naruszenie art. 226 ust 1 pkt 2 lit b) ustawy pzp w zw. z art. art. 112 ust. 2 pkt 4, art. 116 ust. 1, art. 118 ust 1 i 2 ustawy pzp mające istotny wpływ na wynik postępowania, przez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Media Control Sp. z o.o. jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego wykonawcy polegającego na wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej 2 zadań realizowane przez minimum 9 miesięcy odpowiadające przedmiotowi zamówienia, w szczególności dotyczących usuwania awarii i/lub planowych prac na sieciach wodno-kanalizacyjnych o wartości nie mniejszej niż 150 000,00 zł brutto (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy zł) każde wobec nie wykazania, że udostępnienie zasobów na potwierdzenie spełnienia tego warunku przez podmiot udostępniający swoje zasoby (Wod – Kan) ma charakter realny a podmiot ten będzie uczestniczył w realizacji zamówienia w zakresie w jakim udostępnił konieczne zasoby.

Ewentualnie, na wypadek nie uwzględniania zarzutów w pkt I.1. i I.2.

2a) Naruszenie art. 128 ustawy pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Media Control Sp. z o.o. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu wykonanych usług i potwierdzających je referencji w sytuacji gdy złożone nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu

Ponad to

3) art. 18 ust. 1 - 3 pzp, art. 74 ust. 1 pzp oraz art. 16 pkt 1) i 2) pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233; dalej jako „ztku”), polegające na błędnej ocenie skuteczności zastrzeżenia przez Media Control Sp. z o.o. jako tajemnicy przedsiębiorstwa w całości zastrzeżeń do wyjaśnień rażąco niskiej ceny zawartych w załącznikach do pisma z 20.12.2024r. tj. załącznikach pod nazwą :1) Opisowe szczegółowe zestawienie kosztów usługi utrzymania pogotowia wod.kan. oraz opis szczególnie korzystnych okoliczności realizacji zamówienia, 2) Szczegółowa kalkulacja kosztów usługi utrzymania pogotowia wod.kan 3) Dowody - TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA i w następstwie tego zaniechanie ich odtajnienia.

4) art. 16 pkt 1, 2 i 3 pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy Media Control Sp. z o.o., który podlega wykluczeniu a jego oferta odrzuceniu a przez to nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie zasad uczciwej konkurencji, proporcjonalności, i pozbawienie Postępowania waloru przejrzystości i transparentności.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosilo uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie i powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odtajnienie nieskutecznie zastrzeżonych dokumentów, odrzucenie oferty Media Control Sp. z o.o. w konsekwencji uznania, że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę J.N. prowadzący działalność pod firmą „NAPARTY” Usługi Wodno-Kanalizacyjne J.N. z siedzibą w Błoniach Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 6 lutego 2025 r. (pismo z dnia 6 lutego 2025 r.) wnosil o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Media Control Sp. z o.o. z siedzibą w Marianowie.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lutego 2025 r. (pismo z dnia 6 lutego 2025 r.) wnosil o oddalenie odwołania.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 226 ust 1 pkt 2 lit b) ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy PZP, Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 - 3 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 116 ust. 1 ustawy PZP, w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania

odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 118 ust 1 i 2 ustawy PZP:

1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

2. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy PZP, Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w , podmiotowych środków 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.

Zgodnie z art. 74 ust. 1 ustawy PZP, protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 - 3 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 .

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.04.1993 r. 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.

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

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy określony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nr 1) oraz zarzut nr 3) znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w powyższym zakresie.

Izba zważyła, iż zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust 1 pkt 2 lit b) ustawy pzp w zw. z art. art. 112 ust. 2 pkt 4 i art. 116 ust. 1 pzp mające istotny wpływ na wynik postępowania, przez ich niezastosowanie i

zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Media Control Sp. z o.o. jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego wykonawcy polegającego na wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej 2 zadań realizowane przez minimum 9 miesięcy odpowiadające przedmiotowi zamówienia, w szczególności dotyczących usuwania awarii i/lub planowych prac na sieciach wodno-kanalizacyjnych o wartości nie mniejszej niż 150 000,00 zł brutto (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy zł) każde wobec przedstawienia na potwierdzenie spełnienia tego warunku robót budowlanych wykonanych przez podmiot udostępniający swoje zasoby (Wod – Kan) nie spełniających wymagań opisanych w warunku, jest w ocenie Izby zasadny.

Izba zważa, iż Zamawiający w rozdziale XV pkt 1 ppkt 1.3 lit. a SWZ (Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia) wskazał, iż: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: Spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej:

a) Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że wykonał w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej 2 zadania realizowane przez minimum 9 miesięcy odpowiadające przedmiotowi zamówienia, w szczególności dotyczące usuwania awarii i/lub planowych prac na sieciach wodno-kanalizacyjnych o wartości nie mniejszej niż 150 000,00 zł brutto (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy zł) każde.

/W zakresie składania wspólnych ofert lub korzystania z zasobów podmiotów trzecich:

W przypadku składania ofert przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, przynajmniej jeden z tych wykonawców musi spełnić w/w warunek. W przypadku korzystania z zasobów podmiotów trzecich, podmiot na zasoby, którego powołuje się wykonawca musi spełnić w/w warunek w całości/.”.

Izba wskazuje, iż w przedmiotowym postępowaniu Przystępujący na potwierdzenie spełnienia ww. warunku posłużył się potencjałem podmiotu trzeciego, tj. WOD-KAN Grodzisk M.P., co wynika z informacji z dnia 19 grudnia 2024 r. oraz zobowiązania do udostępnienia zasobów z dnia 17 grudnia 2024 r.

Izba zważa, iż z treści załącznika nr 8 do oferty (Wykaz usług) i dołączonych do Wykazu referencji wynika, iż podmiot udostępniający zasoby (tj. WOD-KAN Grodzisk M.P.) legitymuje się doświadczeniem obejmującym wykonanie następujących zadań:

1) Budowa uzbrojenia terenu bazy sprzętowej wykonane na zlecenie Mostostal Warszawa w okresie 4.2022 – 3.2023 o wartości 962 548,80 zł brutto, które obejmowało wykonanie następujących robót budowlanych: sieci wodociągowej, kanalizacji sanitarnej, kanalizacji deszczowej, kanalizacji tłocznej oraz przepompowni;

2) Budowa sieci wodno-kanalizacyjnej wykonane na zlecenie Willa Development w okresie 5.2022-10.2023 o wartości 760 140,00 zł brutto, które obejmowało wykonanie następujących robót wodno-kanalizacyjnych: kanału sanitarnego, kanału tłoczego, przepompowni sieciowej, przykanalików sanitarnych, sieci wodociągowej.

W związku z tak złożonymi dokumentami, Zamawiający pismem z dnia 20 grudnia 2024 r. w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP wezwał Przystępującego do złożenia, uzupełnienia m.in. dokumentów, wskazując, iż: „w Rozdz. XV pkt. 1.3 lit a) Zamawiający postawił warunek: "Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że wykonał w okresie ostatnich 3 lat przed upływem

terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej 2 zadania realizowane przez minimum 9 miesięcy odpowiadające przedmiotowi zamówienia, w szczególności dotyczące usuwania awarii i/lub planowych prac na sieciach wodno-kanalizacyjnych o wartości nie mniejszej niż 150 000,00 zł brutto (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy zł) każde." Wykonawca w wykazie usług wskazał zadania: budowa uzbrojenia terenu bazy sprzętowej oraz budowa sieci wodno-kanalizacyjnej, są to zadania w zakresie podmiotu udostępniającego zasoby. Zamawiający nie może uznać spełnienia tego warunku za pomocą złożonych w dniu 19.12 br. dokumentów w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu odnoszący i odpowiadający przedmiotowi zamówienia. Specyfika przedmiotu zamówienia została opisana w Opisie przedmiotu zamówienia (Rozdz. V SWZ). W związku z tym, Zamawiający wzywa do uzupełnienia i przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie w/w warunku tj. wykaz usług i dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zadań zgodnie z postawionym warunkiem". W odpowiedzi na ww. wezwanie, Przystępujący pismem z dnia 27 grudnia 2024 r. złożył wyjaśnienia dotyczące podmiotowych środków dowodowych, wskazując, że te dokumenty, które już złożył w przedmiotowym postępowaniu potwierdzają spełnienie warunku, stwierdzając: „(...) oba zadania wykonane przez WOD-KAN Grodzisk M.P. obejmują wykonanie sieci wodno-kanalizacyjnych, a zatem odpowiadają przedmiotowi zamówienia, w szczególności dotyczą usuwania awarii i/lub planowych prac na sieciach wodno-kanalizacyjnych.”

Izba nie zgadza się z powyższym poglądem Przystępującego, patrząc przez pryzmat opisu przedmiotu zamówienia. Zgodnie bowiem z rozdziałem V ust. 1 SWZ, Zamawiający wskazał, iż: „Usługa ta będzie polegała na usuwaniu awarii i wykonywaniu planowych prac remontowych na sieciach wodociągowych i sieci kanalizacyjnej oraz na utrzymaniu całodobowego pogotowia wodociągowo-kanalizacyjnego w gminie Leszno”. Co więcej przedmiot zamówienia został

również zakwalifikowany przez Zamawiającego jako usługa opatrzona kodem CPV: 50800000-3 Różne usługi w zakresie napraw i konserwacji.

W ocenie Izby powyższe koresponduje z opisanym warunkiem, gdzie Zamawiający jednoznacznie wskazał, iż: „Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że wykonał (...) co najmniej 2 zadania realizowane przez minimum 9 miesięcy odpowiadające przedmiotowi zamówienia, w szczególności dotyczące usuwania awarii i/lub planowych prac na sieciach wodno-kanalizacyjnych odpowiadające przedmiotowi zamówienia, w szczególności dotyczące usuwania awarii i/lub planowych prac na sieciach wodno-kanalizacyjnych”.

Biorąc powyższe pod uwagę, wskazane przez podmiot udostępniający zasoby WOD-KAN Grodzisk M.P. budowy, tj. „budowa uzbrojenia terenu bazy sprzętu” oraz „budowa sieci wodnokanalizacyjnej”, gdzie obie budowy polegały de facto na wykonaniu robót budowlanych, w ocenie Izby powoduje niespełnienie warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego w oparciu udostępnione zasoby przez WOD-KAN Grodzisk M.P., z uwagi na fakt, że zadania miały odpowiadać przedmiotowi zamówienia, czyli usłudze, która miała w szczególności polegać na usuwaniu awarii i/lub planowych prac na sieciach wodno-kanalizacyjnych, a nie na budowie (roboty budowlane polegające na uzbrojeniu terenu bazy sprzętowej, roboty wodno-kanalizacyjne, co wynika z referencji). Poza tym, ani z wykazu usług ani z referencji nie wynika w żaden sposób wykonywanie prac polegających, na przykład na usuwaniu awarii i/lub planowych prac na sieciach wodno-kanalizacyjnych, czy na utrzymaniu całodobowego pogotowia wodociągowo-kanalizacyjnego, co mogłoby odpowiadać przedmiotowi zamówienia.

Z powyższych powodów, Izba nie popiera argumentacji Zamawiającego, który stwierdził w odpowiedzi na odwołanie, że: „Wykonawca w przesłanej dokumentacji wskazał, iż dokonywał budowy sieci wodno-kanalizacyjnej, ukazując całokształt wykonywanych czynności jak i przyszłych podejmowanych ewentualnych czynności w ramach gwarancji i rękojmi gdzie dokonuje się napraw na istniejącej sieci”. Podobnie Izba nie zgadza się z poglądem Przystępującego, że „wykonawcy mogli wykazać się zadaniami obejmującymi wykonanie prac na sieciach – wodociągowo-kanalizacyjnych, w tym także wybudowaniem takich sieci”.

Izba zważa, iż argumentacja Zamawiającego, iż: „podmiot, który buduje sieci wodno-kanalizacyjne w sposób oczywisty posiada możliwości techniczne i zawodowe dotyczące prac remontowych na sieciach wodno-kanalizacyjnych”, w ocenie Izby również nie zasługuje na aprobatę, ze względu na fakt, iż ani z wykazu usług ani z innych dokumentów nie wynika, aby Przystępujący wykonywał „prace remontowe na sieciach wodno-kanalizacyjnych”.

W ocenie Izby nie można również tracić z pola widzenia, iż takie pojęcia jak „budowa”, „remont” mają swoją definicję legalną w ustawie Prawo budowlane, na co słusznie zwrócił uwagę Odwołujący na rozprawie, a czego zdaje się nie zauważać Zamawiający ani Przystępujący.

Nadto Izba zważa, iż Przystępujący, czy to w wyjaśnieniach z dnia 27 grudnia 2024 r., czy też w piśmie procesowym z dnia 6 lutego 2025 r. powołuje się na zasadę proporcjonalności, wynikającą z art. 112 ust. 1 ustawy PZP, zgodnie z którym: „Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności”.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż przestrzeganie zasady proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu oznacza, że warunki udziału opisane przez Zamawiającego muszą być uzasadnione w odniesieniu do rodzaju zamówienia, jego przedmiotu oraz wymagań związanych z realizacją zamówienia. Tym samym, rację ma Odwołujący, że „zasada proporcjonalnego związku warunku udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia wyklucza jednak możliwość posługiwania się doświadczeniem nie związanym z tym przedmiotem”. Poza tym, co istotne, o określeniu warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia można mówić wówczas, gdy warunki te zostaną określone na tyle rygorystycznie, że nie będzie to uzasadnione potrzebami zamawiającego (tak m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lutego 2019 r. o sygn. akt KIO 51/19), co w ocenie Izby w niniejszym postępowaniu taka sytuacja nie zachodzi.

Nie można również tracić z pola widzenia, iż w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że przy dokonywaniu wykładni postanowień SWZ, a w szczególności przy ocenie i badaniu zgodności oferty czy doświadczenia wykonawcy z wymogami określonymi w SWZ, podstawowe znaczenie ma wykładnia językowa. Jako przykład Izba podaje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 września 2020 r., sygn. akt. KIO 1927/20, w którym Izba wskazała: „W ocenie Izby nadal aktualne pozostaje utrwalana przez lata teza, że postanowienia SIWZ dotyczące warunku udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną”. Oczywiście jest, że w sytuacji, gdy w pierwszej kolejności nie można dokonać w żaden sposób interpretacji postanowienia zgodnie z wykładnią gramatyczną, to wówczas należałoby zastosować wykładnię systemową. Z taką sytuacją nie mamy jednak do czynienia w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Izby, w przedmiotowym postępowaniu nie mamy do czynienia z niejasnym lub dwuznacznym postanowieniem SWZ opisanym w ramach warunku określonego w Rozdz. XV pkt. 1.3 lit a) SWZ. Zresztą

należy zauważyć, że postanowienie to nie było kwestionowane przez Przystępującego na etapie opublikowanego i udostępnionego wykonawcom SWZ.

Niezależnie od powyższego, Izba zważa, iż ze względu na to, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający w wezwaniu z dnia 20 grudnia 2024 r. zastosował przepis art. 128 ust. 1 ustawy PZP i z racji tego, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń może być dokonywane tylko raz w stosunku do tego samego braku lub tego samego błędu dotyczącego określonego oświadczenia lub dokumentu, a przy tym w ocenie Izby wezwanie to było jasne i precyzyjne, Izba nie mogła ponownie nakazać wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Nie sposób również zgodzić się z poglądem Przystępującego, że „Zamawiający wycofał się z wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych i należy potraktować je jako niebyłe”.

Z tego też względu zarzut ten jest w ocenie Izby zasadny.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust 1 pkt 2 lit b) ustawy pzp w zw. z art. art. 112 ust. 2 pkt 4, art. 116 ust. 1, art. 118 ust 1 i 2 ustawy pzp mające istotny wpływ na wynik postępowania, przez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Media Control Sp. z o.o. jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego wykonawcy polegającego na wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej 2 zadań realizowane przez minimum 9 miesięcy odpowiadające przedmiotowi zamówienia, w szczególności dotyczących usuwania awarii i/lub planowych prac na sieciach wodno-kanalizacyjnych o wartości nie mniejszej niż 150 000,00 zł brutto (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy zł) każde wobec nie wykazania, że udostępnienie zasobów na potwierdzenie spełnienia tego warunku przez podmiot udostępniający swoje zasoby (Wod – Kan) ma charakter realny a podmiot ten będzie uczestniczył w realizacji zamówienia w zakresie w jakim udostępnił konieczne zasoby, jest w ocenie Izby niezasadny, z uwagi na treść art. 128 ust. 1 ustawy PZP.

W pierwszej kolejności Izba zważa, iż zgodnie z art. 118 ust. 1 ustawy PZP, Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych, z kolei w myśl ust. 2, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Nadto zgodnie z art. 118 ust. 3 ustawy PZP, Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

Izba zważa, iż powyższe uregulowania znalazły się również w SWZ, gdzie Zamawiający w rozdziale XVII SWZ (Podmioty udostępniające zasoby) wskazał dodatkowo w ust. 4, iż: „Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów”.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż Odwołujący powołuje się na okoliczność, że Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą wykazu podwykonawców (załącznik nr 5 do SWZ), a Przystępujący w tym załączniku nie wymienił podmiotu WOD-KAN (ani jego poprzednika). W ocenie Izby Odwołujący pomija jednak fakt, że w zakresie podmiotów udostępniających swój potencjał wymagane były inne dokumenty, tj. zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia zasobów, dokumenty rejestrowe oraz informacja KRK.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy zauważyć, że podmiot udostępniający zasoby (WOD-KAN Grodzisk M.P.) w treści swojego zobowiązania z dnia 17 grudnia 2024 r. wskazał, iż: „zobowiązuję się wobec Wykonawcy, iż w przypadku zawarcia przez Wykonawcę umowy z Zamawiającym w przedmiocie Zamówienia (dalej „Umowa”), oddać Wykonawcy do dyspozycji niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu Zamówienia, przez cały okres obowiązywania Umowy i w celu jej należytego wykonania przez Wykonawcę, w szczególności zobowiązuję się oddać do dyspozycji Wykonawcy:

1.Zdolności techniczne i/lub zawodowe, a w szczególności wiedzę i doświadczenie, niezbędne do wykonania Zamówienia.”

W ocenie Izby z ww. oświadczenia złożonego przez podmiot udostępniający zasoby w żaden sposób nie wynika, że Przystępujący będzie miał rzeczywisty dostęp do określonych zasobów przez czas niezbędny do realizacji zamówienia.

Potwierdza powyższe wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 kwietnia 2023 r. o sygn. akt KIO 981/23, w którym Izba wskazała, iż: „Nie jest możliwe uznanie za realnie dostępne dla wykonawcy doświadczenie podmiotu trzeciego, jakim wykazuje się w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bez wykazania w jaki sposób wykonawca miałby

skorzystać z tej wiedzy na etapie realizacji zamówienia."

Poza tym, twierdzenie Przystępującego, iż: „WOD-KAN będzie brał udział w realizacji zamówienia w zakresie w jakim wymagane było posiadanie doświadczenia opisanego w Roz. XV. pkt 1.3. lit. a SWZ, na warunkach szczegółowo opisanych w wyjaśnieniach z 20.01.2025 r.

(stanowiących jednak tajemnicę przedsiębiorstwa), przy czym – uogólniając -będzie to współdziałanie polegające na wykonywaniu przez WOD-KAN usług usuwania awarii i planowych prac remontowych przy aktywnym wsparciu organizacyjnym, sprzętowym, a także – w zakresie uzupełniającym – osobowym ze strony Przystępującego” w żaden sposób nie wynika z zobowiązania o udostępnienie zasobów ani z innych dokumentów złożonych w niniejszym postępowaniu.

W tym miejscu Izba zważa, iż zgodnie z 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, ze względu na to, iż Przystępujący nie wykazał realności dysponowania potencjałem podmiotu udostępniającego zasoby (WOD-KAN Grodzisk M.P.), to przed odrzuceniem oferty Przystępującego, w pierwszej kolejności należy zastosować art. 128 ust. 1 ustawy PZP i wezwać do uzupełnienia lub poprawienia dokumentu dotyczącego oświadczenia o udostępnieniu zasobów, ze względu na to, że zawiera błędy.

Jednakże, z uwagi na fakt, że Izba uznała za zasadny zarzut nr 1), co powoduje, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu, Izba nie nakazywała wezwania do uzupełnienia lub poprawienia ww. dokumentu, zgodnie bowiem z art. 128 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, (...)zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie.

Z tego też względu zarzut ten w ocenie Izby jest niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu nr 3), w pierwszej kolejności, Izba odnieść się do twierdzeń Przystępującego, że Odwołujący nie wykazał interesu we wniesieniu odwołania na czynność zaniechania odtajnienia tych wyjaśnień, ze względu na to, iż w „opisie interesu we wniesieniu odwołania zawartym na str. 3 Odwołania nie ujęto żadnego uzasadnienia z jakiego powodu zaniechanie odtajnienia tych wyjaśnień może skutkować szkodą po stronie Odwołującego”. Izba zważa, iż to, że Odwołujący nie ujął uzasadnienia co do czynności zaniechania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny ujętych w załącznikach, to wcale nie oznacza, że przez dokonany wybór oferty Przystępującego przez Zamawiającego i w przypadku uznania przez Izbę zasadności zarzutu, takiej szkody Odwołujący nie poniesie. W ocenie Izby w wyniku dokonanej czynności przez Zamawiającego, bezsprzecznie powoduje, że Odwołujący poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Z kolei odnosząc się do twierdzenia Przystępującego, że „Odwołujący nie wykazał także dotrzymania terminu wniesienia odwołania na zaniechanie odtajnienia, gdyż nie jest wiadome kiedy powziął wiadomość o tym fakcie”, to należy wskazać, że Izba z urzędu bada przesłanki odrzucenia odwołania. Na podstawie dokumentacji postępowania, w ocenie Izby nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania w części, jak sugeruje Przystępujący. Należy bowiem zauważyć, że w dniu 24 stycznia 2025 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu m.in. plik „Media Control wyjaśnienia RNC oraz uzasadnienie Taj Przedś”, co bezsprzecznie powoduje, iż w odwołanie co do zaniechania odtajnienia dokumentów zostało złożone w terminie, zgodnie z przepisami ustawy PZP.

W tym miejscu przechodząc do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 18 ust. 1 - 3 pzp, art. 74 ust. 1 pzp oraz art. 16 pkt 1) i 2) pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233; dalej jako „znku”), polegające na błędnej ocenie skuteczności zastrzeżenia przez Media Control Sp. z o.o. jako tajemnicy przedsiębiorstwa w całości zastrzeżeń do wyjaśnień rażąco niskiej ceny zawartych w załącznikach do pisma z 20.12.2024r. tj. załącznikach pod nazwą :1) Opisowe szczegółowe zestawienie kosztów usługi utrzymania pogotowia wod.kan. oraz opis szczególnie korzystnych okoliczności realizacji zamówienia, 2) Szczegółowa kalkulacja kosztów usługi utrzymania pogotowia wod.kan 3) Dowody - TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA i w następstwie tego zaniechanie ich odtajnienia, jest on zdaniem Izby zasadny.

Na samym początku, Izba zważa, iż Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w żaden sposób nie odniósł się do zarzutu Odwołującego, jedynie lakonicznie stwierdzając, że „ Przedłożone dokumenty w szczególności poruszały aspekty organizacyjne i gospodarcze przedsiębiorstwa i zostały podparte dowodami, zatem odtajnienie dokumentów w świetle przytoczonej ustawy byłoby niezasadne”.

Izba zważa, że ustawa PZP wprowadza generalną zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia (art. 18 ust.

1 ustawy PZP), czyni jednak zastrzeżenie, iż zamawiający nie może ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca składając ofertę zastrzegł w odniesieniu do tych informacji, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 18 ust. 3 ustawy PZP).

Tym samym zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania. W związku z tym, przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Każde odejście od stosowania zasady jawności wiąże się z powstaniem określonego obowiązku zarówno po stronie zamawiającego, jak i po stronie podmiotu dokonującego zastrzeżenia. Wykonawca zastrzegający tajność oferty lub innych składanych dokumentów jest zobligowany do przedstawienia w stosunku do każdej informacji objętej tajemnicą przedsiębiorstwa, szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego wystąpienia przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Natomiast zamawiający zobligowany jest do wnikliwego zbadania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę i podjęcia stosownych działań w zależności od wyników tej analizy.

Oznacza to, że w dacie składania określonej informacji (jak w niniejszej sprawie w dacie składania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 20 stycznia 2025 r. z jednoczesnym złożeniem wyjaśnień w zakresie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa załączników dołączonych do powyższych wyjaśnień, tj. opisowe szczegółowe zestawienie kosztów usługi utrzymania pogotowia wod.kan. oraz opis szczególnie korzystnych okoliczności realizacji zamówienia; szczegółowa kalkulacja kosztów usługi utrzymania pogotowia wod.kan; dowody, wykonawca zastrzegający tajemnicę przedsiębiorstwa musi przedstawić argumenty przekonujące zamawiającego o tym, iż zastrzegana przez niego informacja zasługuje na ochronę oraz że uzasadnione jest nieujawnianie jej wobec pozostałych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba wskazuje, że tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem, 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. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia kumulatywnie następujące przesłanki:

- a.informacje muszą mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny,
- b.informacje muszą posiadać wartość gospodarczą,
- c.informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie mogą być powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie mogą być łatwo dostępne dla takich osób,
- d.uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania musi podjąć, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest zatem nie tylko wskazanie, iż dane informacje spełniają przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale również prawidłowe wykazanie tego faktu. Bezzasadność dokonanego zastrzeżenia, brak złożenia uzasadnienia lub też złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia, jego ogólnikowość albo niezłożenie dowodów potwierdzających podjęcie przez wykonawcę środków zmierzających do zachowania informacji w poufności musi skutkować odtajnieniem zastrzeganych informacji.

Izba chciałaby w tym miejscu powołać się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lutego 2018 r, sygn. akt 200/18: „Dla owego „wykazania” nie wystarczą same deklaracje. Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wbrew twierdzeniom Przystępującego „wykazanie”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ZamPublU, oznacza udowodnienie. Pod pojęciem „wykazania” należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie”.

Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 53/21: „Sąd kierując się tym właśnie założeniem uznał, że powinno ono mieć wpływ również na wykładnię pojęcia: „wykazanie”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp, w tym sensie, że przewidziany tam przez ustawodawcę obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu k.p.c.”

Przechodząc na kanwę niniejszej sprawy, po przeanalizowaniu wyjaśnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego, Izba doszła do przekonania, że uzasadnienie zastrzeżenia przedłożone przez Przystępującego nie potwierdza zasadności utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa. Przedstawione przez Przystępującego uzasadnienie zastrzeżenia jest ogólnikowe, obejmujące w ocenie Izby gołosłowne deklaracje wykonawcy, zwłaszcza w odniesieniu do

wartości gospodarczej, która to wartość zdaniem Izby – nie została ani wykazana, ani nawet uprawdopodobniona. Z uzasadnienia nie sposób bowiem powziąć żadnej wiedzy, dlaczego akurat obliczenia przedstawione przez Przystępującego w tym postępowaniu miałyby taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowić, nie wiadomo, jakie szczególne cechy można zestawieniu kosztów, czy też kalkulacji kosztów przypisać, na czym miałyby polegać ich „unikalność” i w jaki sposób mogłyby one być wykorzystane przez innych wykonawców w przyszłości, w celu stworzenia przewagi konkurencyjnej. Co więcej, Przystępujący nie wykazał związku przyczynowo-skutkowego między ujawnieniem informacji, a ewentualną szkodą ani nawet nie uprawdopodobnił możliwości poniesienia takiej szkody. Z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa można jedynie się dowiedzieć, iż:

„Przedstawiona analiza i kalkulacja stanowią opracowania unikalne, przygotowane wyłącznie na potrzeby przedmiotowego postępowania przetargowego i wyjaśnień rażąco niskiej ceny, zawierają informacje, które – podane w określonym zestawieniu – stanowią informację gospodarczą o istotnej wartości, pozwalającą zobrazować przewagę konkurencyjną Wykonawcy. Zostały opracowane w oparciu o know-how i doświadczenie Wykonawcy, dlatego też stanowi informację o charakterze technicznym, technologicznym oraz organizacyjnym przedsiębiorstwa. Dodatkowo, zebranie w jednym miejscu wszystkich dowodów, potwierdzających kalkulację ceny, stanowi odzwierciedlenie modelu biznesowego przedsiębiorstwa Wykonawcy i sposób jego organizacji pracy, który ma istotną wartość gospodarczą, na podstawie której budowana jest przewaga konkurencyjna Wykonawcy w stosunku do innych firm, świadczących usługi w branży”.

Tym samym, rację ma Odwołujący, iż: „wskazanie charakteru zastrzeżonych informacji w przypadku gdy mają one być może charakter złożonych wymagałoby od wykonawcy rozróżnia elementów zastrzeżonych i wykazania ich wartości gospodarczej w szczególności charakteru technicznego, technologicznego czy organizacyjnego”, jak również stwierdzenie, iż: „jest to bardziej subiektywne przekonanie wykonawcy czy okoliczność obiektywna o której mowa art. 11 uznk”.

Izba zważa, iż nie można również tracić z pola widzenia, iż uwzględnianie tego rodzaju uzasadnień jako skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa skutkowałoby tym, że dostęp wykonawców do wyjaśnień ceny przedstawianych przez innych wykonawców zostałby ograniczony do minimum.

Warto w tym miejscu powołać się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2022 r., sygn. akt 479/22, w którym Izba orzekła, że: *„nie wykazano, że dane te w sposób obiektywny obrazują szczegóły prowadzonej przez wykonawcę działalności gospodarczej, dlatego że w zastrzeżeniu tajemnicy wykonawca podkreśla, iż informacje zostały przygotowane wyłącznie na potrzeby tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jest to spójne z treścią zastrzeżonych wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny odnoszących się do konkretnych urządzeń, opisanych w przedmiocie zamówienia. Ponadto obciążony ciężarem dowodu wykonawca powinien szczegółowo i rzeczowo wyjaśnić w jaki sposób informacje dotyczące wyliczenia kosztów w tym postępowaniu miałyby ujawniać całość przyjętej przez niego polityki cenowej, czyli wskazać przekonujące okoliczności, które pozwoliłyby zamawiającemu zweryfikować jego stanowisko. Ważne jest przy tym, aby strona powołująca się na wartość gospodarczą określonych danych udowodniła istnienie tej okoliczności i sporządzając uzasadnienie decyzji utajnienia informacji przedstawiła w nich swoją argumentację w sposób wyczerpujący, kiedy w rozpoznawanym sporze informację o możliwości uzyskania przewagi rynkowej ze względu na możliwość poznania sposobu kalkulacji przystępującego pozostawiono w sferze ogólnych, nieweryfikowalnych zapewnień wykonawcy”.*

Podobnie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt: XXIII Zs 53/21 wskazano, że: *„Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Sąd nie podziela argumentacji skarżącego, z której zdaje się wynikać, że każda informacja z zakresu funkcjonowania przedsiębiorstwa ma jakąś (choćby niewielką) wartość gospodarczą, dlatego nie ma potrzeby jej wykazywać. W ocenie Sądu taki pogląd jest sprzeczny z art. 8 ust. 3 Pzp, z którego należy wyprowadzić odmienny wniosek, tj. że co do zasady zawsze istnieje obowiązek wykazania wartości gospodarczej zastrzeganej informacji”.*

W dalszej części uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Przystępujący stwierdza, iż: „informacje oraz dokumenty zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa (pismo zawierające wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, załączniki do wyjaśnień rażąco niskiej ceny) nie były ujawniane do wiadomości publicznej ani osobno, ani w jakimkolwiek zestawieniu (...) Wykonawca informuje, że podjął szereg czynności faktycznych i prawnych w celu zachowania poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, takich jak:

- stosowanie zasady minimalizacji - tzn. udostępnianie informacji poufnych ograniczonej grupie pracowników wyłącznie w zakresie niezbędnym do właściwej realizacji obowiązków służbowych;
- utworzenie systemu zabezpieczeń w postaci haseł dostępu do komputerów – z obowiązkiem cyklicznej zmiany danych dostępowych, hasła dostępu do poczty elektronicznej, ograniczony dostęp do serwerów;

- oprogramowanie antywirusowe;
- przechowywanie dokumentów w sejfach oraz zabezpieczonych szafach;
- monitoring biura;
- wprowadzenie regulaminu ochrony danych i polityki bezpieczeństwa;
- zamykanie na klucz pokoi, w których dostępne są dokumenty zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa oraz ścisła kontrola wstępu osób nieuprawnionych do pomieszczeń, w których przechowywane są dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa;
- niszczenie dokumentów zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w niszczarce lub korzystanie z usług firmy zajmującej się profesjonalnym niszczeniem dokumentów”.

Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Izby, Przystępujący nie udowodnił, że w stosunku do tych konkretnie danych i w związku z przedmiotowym postępowaniem podjął określone działania, nie przedstawiając przy tym żadnego dowodu, np. w postaci Polityki bezpieczeństwa systemów informatycznych, wzoru umowy o zakazie konkurencji, wzoru umowy o zachowaniu poufności, przykładowe umowy o pracę z pracownikami, które potwierdzałyby ich zastosowanie i wdrożenie w celu zachowania zastrzeganych załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w poufności.

Tym samym, rację ma Odwołujący, iż: „Wykonawca nie złożył żadnego dowodu na potwierdzenie ww. głośnych twierdzeń, np. listy osób, które brały udział w przygotowaniu oferty, czy wzoru standardowej umowy o pracę z której wynika zobowiązanie do zachowania w poufności wszelkich informacji pozyskanych w związku z zatrudnieniem, ani kopii takiej zanonimizowanej umowy o pracę chociaż jednej z osób sporządzających ofertę”.

Konkludując, w ocenie Izby, Przystępujący przedstawiając jedynie ogólne wyjaśnienia, skutkuje zdaniem Izby tym, iż nie sposób uznać je za wykazanie zasadności dokonanego zastrzeżenia przez Przystępującego w rozumieniu art. 18 ust. 3 ustawy PZP.

Nadto, Izba zważy, iż w odniesieniu do załącznika nr 3 (dowody- zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa), Przystępujący w żaden sposób nie wykazał, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, na co słusznie zwrócił uwagę Odwołujący w treści odwołania, w szczególności że, jak już Izba wskazywała powyżej, iż wykonawca w stosunku do każdej informacji objętej tajemnicą przedsiębiorstwa, jest zobligowany do szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego wystąpienia przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, a czego zdaje się nie zauważać Przystępujący.

Z powyższych względów zarzut ten, jest w ocenie Izby zasadny, a w konsekwencji okazał się zasadny zarzut nr 4).

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 pkt 1 i 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego w części 1/3 i Zamawiającego w części 2/3.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: