

Sygn. akt: KIO 2396/23

WYROK
z dnia 31 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Politechnikę Poznańską

przy udziale wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2396/23 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz **Zamawiającego**: Politechniki Poznańskiej kwotę 4 649 zł 64 gr (słownie: cztery tysiące sześćset czterdzieści dziewięć złotych sześćdziesiąt cztery groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na rozprawę oraz kosztów uiszczonej opłaty skarbowej.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący.....

Sygn. akt: KIO 2396/23

Uzasadnienie

Zamawiający: Politechnika Poznańska wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Realizacja budynku biurowego niemal zero energetycznego – administracja Politechniki Poznańskiej w formule „zaprojektuj i wybuduj”, nr postępowania: AN/ZP/15/23.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 11 kwietnia 2023r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 071-216712.

W dniu 2 sierpnia 2023r. Odwołujący: Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie powziął wiadomość o wyborze oferty najkorzystniejszej Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Mostostal” lub „Przystępujący”.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 11 sierpnia 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu, naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej ustawą Pzp:

1.art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) ustawy Pzp w zw. z art. 118 ust. 2, 3 i 4 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, mimo niespełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (wykaz doświadczenia) określonego w Rozdziale 7 pkt 7.9 podpunkt 4 lit. b. IDW, tj. pomimo sytuacji, w której żaden z podmiotów trzecich udostępniających wykonawcy Mostostal zasoby, ani wykonawca Mostostal osobiście, nie posiada wymaganego w tym punkcie IDW doświadczenia, polegającego na konieczności wykazania, iż wykonał co najmniej dwie roboty budowlane obejmujące każda z nich wykonanie wysokowydajnej instalacji fotowoltaicznej zasilanej energią słoneczną wytwarzającej energię elektryczną na potrzeby budynku o mocy min. 80 kWp zintegrowanej z instalacją

elektryczną budynku,

2.art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i w zw. z art. 118 ust. 2, 3 i 4 oraz art. 122 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Mostostal z postępowania, mimo iż wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (wykaz doświadczenia) w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale 7 pkt 7.9 podpunkt 4 lit. b. IDW, ponieważ przedstawił w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów zobowiązanie do udostępniania zasobów, które nie ma charakteru realnego (co zostało szczegółowo opisane w uzasadnieniu niniejszego odwołania) przy jednoczesnym zaniechaniu zastąpienia podmiotu pierwotnie udostępniającego zasoby nowym podmiotem, co w konsekwencji powoduje, iż nie wiadomo, ani który podmiot udostępni zasoby wykonawcy, ani który będzie faktycznie realizował tę część zamówienia,

3.art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w zw. z art. 74 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia dokumentów bezzasadnie zastrzeżonych przez Mostostal jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. Wykazu osób, mimo że zastrzeżone przez Mostostal informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a także Wykonawca ten nie przedstawił wyjaśnienia ani dowodów które uzasadniałyby takie zastrzeżenie.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2.Powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 3.Odrzucenie oferty złożonej przez Mostostal,
- 4.Udostępnienie Odwołującemu Wykazu osób, bezzasadnie utajnionego jako tajemnica przedsiębiorstwa.
- 5.Dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem zarzutów odwołania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w Rozdziale 7 pkt 7.9 podpunkt 4 IDW. Zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej:

Warunek dotyczący doświadczenia Wykonawcy:

a)Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) wykonał co najmniej dwie roboty budowlane, przy czym wartość każdej z tych robót wynosiła co najmniej 60 000 000,00 zł (sześćdziesiąt milionów złotych) netto, obejmujące wykonanie budynku użyteczności publicznej o kubaturze nie mniejszej niż 25.000,00 m³ każdy oraz powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 5.000,00 m² każdy wraz z robotami instalacyjnymi: instalacji elektrycznych, instalacji wentylacji, klimatyzacji i ogrzewania wraz ze źródłem ciepła i chłodu oraz ciepłej wody użytkowej, instalacji automatyki budynkowej (AKPiA i BMS), instalacji systemu sygnalizacji pożarowej, instalacji wodnych i kanalizacyjnych, instalacji telekomunikacyjnej,

b)Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) wykonał co najmniej dwie roboty budowlane obejmujące każda z nich wykonanie wysokowydajnej instalacji fotowoltaicznej zasilanej energią słoneczną wytwarzającej energię elektryczną na potrzeby budynku o mocy min. 80 kWp zintegrowanej z instalacją elektryczną budynku,

W przypadku oferty składanej przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum), powyższe warunki, mogą być spełnione przez Wykonawców łącznie.

Odwołujący zauważył, że na potwierdzenie spełniania warunku z lit. b) Mostostal wskazał podmiot udostępniający zasoby, tj. Multisun Wielkopolska sp. z o.o. sp. k. wskazując trzy inwestycje zrealizowane przez ten podmiot.

Wskazał również, że w dniu 12 lipca 2023r. Zamawiający wezwał Mostostal w trybie art. 128 ust. 4 Pzp do udzielenia wyjaśnień dotyczących doświadczenia ww. podmiotu udostępniającego zasoby, w zakresie wszystkich trzech wykazanych inwestycji.

Podniósł, że w dniu 14 lipca 2023r. Mostostal złożył wyjaśnienia, które potwierdziły, iż żadna ze wskazanych inwestycji nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego, a zatem, wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale 7 pkt 7.9 podpunkt 4 lit. b. IDW.

Wyjaśnił również, że w dniu 19 lipca 2023r. Zamawiający wezwał Mostostal w trybie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia wykazu, z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w SWZ I – IDW w Rozdziale 7 pkt 7.9 podpunkt 4 lit. b. W ocenie Zamawiającego roboty wskazane w wykazie nie spełniają warunku

udziału w postępowaniu ze względu na zbyt niską moc poszczególnych instalacji. (Termin złożenia wyjaśnień Zamawiający wyznaczył na 24.07.2023r. Mostostal wniósł o wydłużenie terminu do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Dokument ten nie został udostępniony Warbud.)

Zaznaczył, że Mostostal, pomimo jednoznacznego wskazania przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 19 lipca 2023r. iż ww. roboty nie spełniają warunku udziału w postępowaniu, nie odwołał się od przedmiotowego wezwania. Następnie, w dniu 28 lipca 2023r. Mostostal, w odpowiedzi na wezwanie, przedłożył ten sam Wykaz doświadczenia uzupełniony o dwie nowe inwestycje – jedną własną, a drugą udostępnioną przez nowy podmiot udostępniający zasoby, tj. Sterbit Sp. z o.o.

W ocenie Odwołującego - taki sposób wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu z Rozdziału 7 pkt 7.9 podpunkt 4 lit. b. IDW przez Mostostal polegający na tym, iż jedną robotę wskazaną w wykazie stanowi doświadczenie własne wykonawcy, natomiast drugą stanowi doświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, tj. Sterbit sp. z o.o. jest nieprawidłowy i w związku z tym nie potwierdza, że Mostostal spełnia warunek w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Według Odwołującego - z treści uzupełnionego wykazu wynika zatem, że żaden z podmiotów, tj. ani Mostostal, ani Sterbit nie posiada doświadczenia wymaganego w SWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu z Rozdziału 7 pkt 7.9 podpunkt 4 lit. b. IDW. Żaden bowiem podmiot nie wykazał, iż wykonał „co najmniej dwie roboty budowlane obejmujące każda z nich wykonanie wysokowydajnej instalacji fotowoltaicznej zasilanej energią słoneczną wytwarzającej energię elektryczną na potrzeby budynku o mocy min. 80 kWp zintegrowanej z instalacją elektryczną budynku.”

Zdaniem Odwołującego - doświadczenie ww. podmiotów nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w IDW, bowiem Zamawiający wymagał od wykonawcy wykazania się co najmniej dwiema robotami budowlanymi spełniającymi wszystkie elementy określone w warunku. Wymagane przez Zamawiającego doświadczenie posiadane przez jeden podmiot w zakresie dwóch robót budowlanych o określonych wymaganiach nie może być zrównane z doświadczeniem określonym w wykazie Mostostal, zgodnie z którym Mostostal posiada wyłącznie jedną zrealizowaną robotę, a Sterbit drugą. W tych okolicznościach żaden z ww. podmiotów nie legitymuje się doświadczeniem w zakresie dwóch robót. W przypadku wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia oraz udostępnienia przez podmioty trzecie zasobów nie chodzi o proste sumowanie poszczególnych zamówień, ale o realne doświadczenie określonego podmiotu w realizacji zadań określonych w SWZ.

W związku z powyższym, Odwołujący przyjął, że Mostostal nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu i mając na uwadze fakt, że wykaz usług był uzupełniany w trybie art. 128 ust. 1 Pzp oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) Pzp.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że pomimo, iż w treści IDW Zamawiający przewidział możliwość łącznego spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, to:

- przewidział taką możliwość wyłącznie dla wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. konsorcjów, co zostało literalnie wskazane w treści SWZ,

- określając dwa warunki w zakresie doświadczenia: - warunek w lit. a) obejmujący 2 tożsame roboty i warunek w lit. b) obejmujący 2 zupełnie inne tożsame roboty, oczywistym jest iż określenie „łącznie” dotyczyło łącznie warunku a) plus warunek b), jednak każdy z tych warunków musiał w całości spełniać jeden podmiot. Przeciwnie rozumienie tego warunku prowadziłoby do sytuacji, w której Zamawiający zamiast podmiotu z wymaganym „dwukrotnym” doświadczeniem w ramach danych robót, otrzymałby grupę podmiotów, z których każdy dane zamówienie wykonał tylko raz.

Ponieważ Mostostal w piśmie z dnia 28 lipca 2023r. pomimo uzupełnienia Wykazu i złożenia dodatkowych dokumentów, stanął na stanowisku, iż pierwotny Wykaz doświadczenia potwierdzał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, to Odwołujący, z ostrożności wskazał, iż zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym w piśmie z dnia 19 lipca 2023r., żadna z trzech robót wskazanych w pierwotnym Wykazie doświadczenia, nie spełnia wymagań w zakresie postawionego warunku:

a)Instalacja wskazana w l.p. 4 wykazu była zamontowana na 6 budynkach wysokich, miała łączną moc 221,68 kWp, przy czym na każdym z budynków zainstalowana moc wynosiła około 40 kWp;

b)Instalacja wskazana w l.p. 5 wykazu była zamontowana na 4 budynkach wysokich, miała łączną moc 163,68 kWp, przy czym na każdym z budynków zainstalowana moc wynosiła około 40 kWp;

c)Instalacje wskazane w l.p. 6 wykazu miały łączną moc 262,16 kWp i składały się z kilku instalacji o mocach

około 50 kWp.

Wskazał, że Zamawiający wymagał mocy 80 kWp, zatem wskazane przez Mostostal roboty nie potwierdzają spełnienia warunku z uwagi na zbyt niską moc poszczególnych instalacji.

Argumentował, że jeśli Mostostal kwestionował sposób oceny spełnienia tego warunku przez Zamawiającego winien był wnieść odwołanie na wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Brak odwołania w ustawowym terminie skutkuje niemożliwością podnoszenia zarzutów dotyczących tych inwestycji na obecnym etapie.

Odnośnie zarzutu brak realności zobowiązania Sterbit Odwołujący zwrócił uwagę, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 19 lipca 2023 r., wraz z wydłużeniem terminu składania wyjaśnień, w trybie art. 128 ust. 1 Pzp Mostostal w dniu 28 lipca 2023 r. wskazał, że w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu będzie polegać na zasobach podmiotu trzeciego Sterbit i w związku z tym, uzupełnił zobowiązanie oraz dokumenty dla ww. podmiotu.

Wyjaśnił również, że biorąc pod uwagę fakt, że ww. wezwanie dotyczyło dokumentów dotyczących potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w celu wykazania których Mostostal polegał na zasobach innego podmiotu trzeciego, tj. Multisun Wielkopolska sp. z o.o. sp. k. w związku z treścią art. 122 Pzp konieczne było zastąpienie podmiotu trzeciego Multisun Wielkopolska sp. z o.o. sp. k. innym podmiotem lub zobowiązanie do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia przez wykonawcę jeżeli ten wykaze zdolności techniczne i zawodowe.

Tym samym, w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów Mostostal – w ocenie Odwołującego - zobowiązany był do jednoznacznego wskazania, który z podmiotów i w jakim zakresie wykona tę część zamówienia, której dotyczy udostępnione doświadczenie.

Zauważył również, że zgodnie ze złożonym zobowiązaniem podmiotu trzeciego Sterbit podmiot ten zobowiązał się oddać do dyspozycji Mostostal zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia oraz wziąć udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy, poprzez wykonanie wysokowydajnej instalacji fotowoltaicznej zasilanej energią słoneczną wytwarzającej energię elektryczną na potrzeby budynku o wymaganej mocy, zintegrowanej z instalacją elektryczną budynku.

Wskazał, że obowiązek o identycznej treści złożył wcześniej podmiot pierwotnie udostępniający zasoby, tj. Multisun Wielkopolska sp. z o.o. sp. k..

Ponadto Wykonawca Mostostal – według Odwołującego - wykazując doświadczenie własne, powinien zobowiązać się do osobistego wykonania zamówienia w tym zakresie. Nie wiadomo zatem, kto faktycznie wykona tę część zamówienia.

W szczególności zwrócił uwagę, iż Mostostal, wbrew wymaganiu określonym w art. 122 Pzp nigdzie nie oświadczył, iż zamienia jednego podwykonawcę udostępniającego zasoby na innego, tylko „dołożył” kolejny podmiot wraz z udostępnionym przez niego doświadczeniem do wciąż aktualnego Wykazu doświadczenia. Jak wynika z treści pisma z dnia 28 lipca 2023r Mostostal zrobił to celowo, prawdopodobnie mając świadomość, iż tak przedstawione nowe „łączone”, w ramach tego samego warunku udziału w postępowaniu doświadczenie, nie może być zaakceptowane.

Zatem, w przekonaniu Odwołującego – w świetle oświadczeń składanych przez Mostostal, nie tylko nie wiadomo który podmiot będzie realizował tę część zamówienia, ale nie wiadomo również, kto będzie dokonywał wyboru tego podmiotu. W ofercie funkcjonują bowiem równolegle trzy podmioty do tego wskazane, przy czym żaden z nich nie spełnia postawionego przez Zamawiającego warunku.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania udostępnienia Odwołującemu informacji bezzasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Mostostal, tj. Wykazu osób podniósł, że

Mostostal zastrzegł w całości Wykaz osób złożony w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego - takie działanie ma na celu uniemożliwienie dokonania weryfikacji ww. wykazu, przez pozostałych wykonawców, a w konsekwencji spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Mostostal.

Według Odwołującego - brak możliwości weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu może powodować naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

Przekonywał, że sam fakt wskazania, że wykonawca wraz z Wykazem zastrzegł, że nie może on być udostępniony – nie oznacza, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i automatycznie są objęte poufnością. Art. 18 ust. 3 Pzp nakazuje wykonawcy wykazać, że faktycznie zastrzegane informacje stanowią tajemnicę, co nie może sprowadzać się do ogólnego oświadczenia, złożenia ogólnikowych wyjaśnień czy wyjaśnień niepopartych dowodami.

Zdaniem Odwołującego - żaden z ogólnych argumentów przywoływanych w uzasadnieniu utajnienia nie daje podstaw do stwierdzenia, iż ziszczyły się przesłanki określone w przepisie art. 11 ust. 2 uznk, umożliwiające zachowanie tych informacji w poufności.

Zauważył, iż aby mówić o tym, iż dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa muszą być łącznie spełnione następujące przesłanki:

1)informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub stanowi inną informację posiadającą wartość gospodarczą,

2)jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób;

3)podjęto w stosunku do niej, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

Zaznaczył również, że 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.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp, Zamawiający jest uprawniony do zachowania - na wniosek wykonawcy - poufności informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust 2 uznk.

Wywodził przy tym, że w celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest nie tylko wskazanie, iż dane informacje spełniają obiektywne przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk, ale również – prawidłowe wykazanie tego faktu. Bezzasadność dokonanego zastrzeżenia, brak złożenia uzasadnienia lub też złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia albo niezłożenie dowodów potwierdzających podjęcie przez wykonawcę środków zmierzających do zachowania informacji w poufności musi skutkować odtajnieniem zastrzeżonych informacji. Obowiązek zbadania prawidłowości dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia spoczywa na Zamawiającym, który zgodnie z art. 18 ust. 1-3, jak również art. 16 Pzp, zobowiązany jest do rzetelnego przeprowadzenia tej czynności i ujawnienia informacji nieprawidłowo objętych przez wykonawcę klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

W związku z tym stwierdził, że zastrzeżenie przez Mostostal Wykazu osób jest bezpodstawne, gdyż Wykonawca ten, w złożonym wraz z Wykazem osób uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nie wykazał, ziszczenia się wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk.

W celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest nie tylko wskazanie, iż dane informacje spełniają obiektywne przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk, ale również – prawidłowe wykazanie tego faktu. Bezzasadność dokonanego zastrzeżenia, brak złożenia uzasadnienia lub też złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia albo niezłożenie dowodów potwierdzających podjęcie przez wykonawcę środków zmierzających do zachowania informacji w poufności musi skutkować odtajnieniem zastrzeżonych informacji. W przedmiotowym stanie faktycznym wykonawca nie wykazał zaistnienia wszystkich wskazanych powyżej przesłanek uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa i nie wykazał tego faktu. Wobec tego dokonane zastrzeżenie jest nieskuteczne.

Według Odwołującego - wyjaśnienia tajemnicy złożone przez Mostostal mają charakter blankietowy i w żaden sposób nie potwierdzają zasadności poczynionego utajnienia.

Wskazał fragment wyjaśnień, który odnosił się do zastrzeżonych konkretnych informacji zaczynający się od słów: „Odnosząc się konkretnie do informacji zawartych w zastrzeżonym jako tajemnica załączniku „8. SWZ III Załącznik nr 9 - wykaz osób - 26.05.2023 r”, ...”, gdzie Mostostal wskazał w nim następujące okoliczności:

a.przedmiot zamówienia ma charakter specyficzny i wymaga zaangażowania osób o ściśle określonych specjalistycznych kwalifikacjach i doświadczeniu, które są poszukiwane na rynku z uwagi na ich unikalne doświadczenie.

b.doświadczenie tych osób ma niezwykle istotny wpływ na możliwość udziału w postępowaniu. Osób z tak bogatym doświadczeniem jest w Polsce zaledwie kilka, co tym bardziej uzasadnia słuszność ochrony informacji na ich temat i dokonanego zastrzeżenia.

c.informacje na temat osób będących w dyspozycji Wykonawcy przedstawiają , szczególną , wartość gospodarczą dla Wykonawcy, ale i każdej innej osoby działającej na tym samym rynku.

d.ewentualne działania zmierzające do nieuprawnionego przejęcia lub podkupienia przez konkurencyjnych wykonawców osób zaangażowanych przez Wykonawcę , mogą , utrudnić lub uniemożliwić realizację zamówienia przez Wykonawcę, a w , konsekwencji także podważyć pozycję Wykonawcy na rynku w przyszłych postępowaniach o

udzielenie zamówienia, w tym także w przypadku np. unieważnienia obecnego przetargu i powtórzenia go w przyszłości.

W ocenie Odwołującego - z przywołanego uzasadnienia wynika, że zastrzeżone informacje mają charakter jednorazowy – „unikalny, gwarantujący przewagę wobec konkurencji zespół” i tymczasowy – dotyczą bowiem wyłącznie fazy ubiegania się o zamówienie publiczne. Po uzyskaniu zamówienia przez Mostostal informacje dotyczące osób pełniących kierownicze funkcje w budownictwie na przedmiotowej inwestycji staną się jawne. Już chociaż ze względu na tę okoliczność, nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, bowiem nie mają charakteru stałego.

Ponadto, zdaniem Odwołującego - Mostostal upatruje konieczność utajnienia Wykazu osób ze względu na możliwość podkupienia poszczególnych osób przez konkurencyjnych wykonawców, co nie jest niewystarczającym argumentem do zastrzeżenia tajności informacji.

Podkreślił, że obowiązek zbadania prawidłowości dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia tajemnicy spoczywa na Zamawiającym, który zgodnie z art. 18 ust. 1-3, jak również art. 16 Pzp, zobowiązany jest do rzetelnego przeprowadzenia tej czynności i ujawnienia informacji nieprawidłowo objętych przez wykonawcę klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wydził, że Zamawiający powinien bardzo dokładnie przeanalizować skuteczność zastrzeżenia oraz tego czy wykonawca wykazał w świetle art. 11 ust. 2 uznk zasadność utajnienia. Truizmem jest stwierdzenie, że zasadą jest jawność postępowania, zaś zastrzeganie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów stanowiących dokumentację postępowania – jest wyjątkiem od tej zasady. Należy w tym zakresie stosować zasadę *exceptiones non sunt extendendae* - czyli zasadę zakazu wykładni rozszerzającej wyjątków. Każde odejście od zasady jawności postępowań o udzielenie zamówienia powinno być traktowane bardzo wąsko, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność informacji szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełnienia przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa.

Wskazał, że określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia wszystkie przesłanki wskazane w art. 11 ust. 2 uznk. Z całą pewnością Mostostal tych przesłanek nie wykazał.

Dalej, Odwołujący zwrócił uwagę, że wyjaśnienia tajemnicy złożone przez Mostostal mają charakter ogólny, sztampowy i mogłyby zostać użyte niemal w każdym postępowaniu.

Zauważył, że tak sformułowane uzasadnienie ma charakter wyłącznie hasłowy i trudno znaleźć w złożonych wyjaśnieniach, choćby jeden konkretny argument przemawiający za zasadnością utajnienia dokumentów.

Zarzucił brak wykazania wartości gospodarczej podnosząc, że już pierwsza z przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk nie materializuje się w stosunku do informacji zawartych w wyjaśnieniach Mostostal – wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą.

Podniósł, że w świetle normy prawnej art. 11 ust. 2 uznk konieczne jest wykazanie, że zastrzegana informacja posiada wartość gospodarczą. Nie wystarcza samo lakoniczne stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość gospodarczą należy omówić i wykazać, a nie jedynie głośłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada.

Według Odwołującego - konieczne jest wskazanie wartości gospodarczej oraz opisanie, na czym polega i z czego wynika określona wartość poszczególnych zastrzeganych informacji lub dokumentów. Mostostal nie wskazał, w jaki sposób ujawnienie zastrzeżonych informacji mogłoby rzeczywiście wpłynąć na działalność jego przedsiębiorstwa, jakie straty mogłoby to przynieść, ewentualnie jakie zyski przysporzyłyby to konkurencyjnym wykonawcom lub jakich wydatków mogłoby uniknąć w związku z wejściem w posiadanie informacji zawartych w zastrzeżonych wyjaśnieniach.

Odwołujący wskazał również na brak dowodów potwierdzających podjęcie działań w celu utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności.

W opinii Odwołującego - zasadność odtajnienia w odniesieniu do całości dokumentu uzasadnia nie tylko złożenie wyjaśnień ogólnych i brak wykazania wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, ale również (niezależnie od powyższego) brak przedłożenia dowodów uzasadniających podjęcie działań mających na celu zachowanie informacji w poufności.

Zdaniem Odwołującego - Izba powinna zweryfikować czy w części utajnionej dokumentów Mostostal złożył jakikolwiek dowód w przedmiocie wykazania zasadności zastrzeżenia informacji w poufności. Dowód ten powinien potwierdzać, że odnosi się on do zastrzeżonych w niniejszym postępowaniu dokumentów. Odwołującemu nie

udostępniono takich dokumentów.

Zaznaczył również, że uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa powinno mieć charakter wiarygodny i możliwy do sprawdzenia, nie zaś nieweryfikowalny. Nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności całości dokumentów jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawdziwości, a w konsekwencji weryfikacji działań Zamawiającego polegających na ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Mostostal, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie zostało dokonane bezzasadnie i w sposób niezgodny z wymaganiami, a zatem Wykaz osób powinien zostać odtajniony w celu m.in. umożliwienia Odwołującemu jego weryfikacji i ewentualnie skorzystania ze środków ochrony prawnej - jeżeli znajdą ku temu podstawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, nie pozostawia dla wątpliwości dla Odwołującego, że uznając skuteczność dokonanego przez Mostostal zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 18 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w zw. z art. 74 ust. 2 Pzp.

Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni mieć świadomość reguł, jakimi rządzi się tego rodzaju postępowania, w tym zasady jawności.

Składając ofertę w postępowaniu Mostostal powinien liczyć się z tym, że jego oferta, zawarta umowa, a także informacje przekazywane w toku postępowania zostaną ujawnione. Wyjątki od zasady powinny być nieliczne i rzetelnie wykazane.

Podkreślił, że utrzymanie zastrzeżenia, stanowi naruszenie nie tylko art. 18 ust. 1-3 Pzp, ale również zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 16 pkt 1 Pzp.

W przedmiotowej sprawie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie.

Pismem z dnia 23 sierpnia 2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść ogłoszenia i Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, oferty Przystępującego, wykazu wykonanych robót budowlanych z dnia 6 lipca 2023 r. wraz ze zobowiązaniem podwykonawcy Multisun Wielkopolska sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Poznaniu, wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 12 lipca 2023 r. i odpowiedzi Przystępującego na to wezwanie z dnia 14 lipca 2023 r., wezwania Zamawiającego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych z dnia 19 lipca 2023 r. i odpowiedzi Przystępującego na to wezwanie z dnia 28 lipca 2023 r., uzupełnionego wykazu wykonanych robót budowlanych z dnia 28 lipca 2023 r. wraz ze zobowiązaniem podwykonawcy Sterbit sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 6 lipca 2023 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 23 sierpnia 2023 r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 25 sierpnia 2023 r., jak również na podstawie złożonych przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 18 pkt 1 - 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1994 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. z dnia 13 maja 2022 r., zwanej dalej uznk w związku z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) w związku z 118 ust. 2, 3 i 3 w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 122 ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowymi, istotnymi zagadnieniami wymagającymi rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy złożony przez Przystępującego wykaz wykonanych robót budowlanych odnoszący się do warunku udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej potwierdzał spełnianie tego warunku, a także czy zobowiązanie do udostępnienia zasobów przez podwykonawcę Przystępującego miało charakter realny.

Nadto, wymaga zauważenia, że oś sporu pomiędzy stronami była również związana z zarzutem bezpodstawnego zastrzeżenia wykazu osób mających realizować przedmiotowe zamówienie klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła w zakresie objętym sporem, że w rozdziale 7 pkt 7.9 podpunkt 4 lit. b IDW

stanowiącej część SWZ Zamawiający postanowił warunek dotyczący doświadczenia Wykonawcy w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w ten sposób, że Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) wykonał co najmniej dwie roboty budowlane obejmujące każda z nich wykonanie wysokowydajnej instalacji fotowoltaicznej zasilanej energią słoneczną wytwarzającej energię elektryczną na potrzeby budynku o mocy min. 80 kWp zintegrowanej z instalacją elektryczną budynku,

W przypadku oferty składanej przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum), powyższe warunki, mogą być spełnione przez Wykonawców łącznie.

Przechodząc do omówienia poszczególnych zarzutów odwołania, Izba uznała, że wykładnia spornego warunku, o którym mowa w rozdziale 7 pkt 7.9 podpunkt 4 lit. b Informacji dla wykonawców będącej częścią SWZ, zaprezentowana przez Odwołującego w aspekcie złożonego w pkt 7 i 8 oświadczenia Przystępującego znajdującego się w wykazie wykonanych robót budowlanych za bezzasadną.

Izba stwierdziła, że w powyższych punktach wykazu Przystępujący zadeklarował łącznie dwie roboty budowlane odpowiadające powyższemu warunkowi przy czym każda z nich oddzielnie była wykonana przez odrębny podmiot (jedna przez Przystępującego – pkt 7, druga przez wskazanego podwykonawcę Sterbit sp. z o.o. – pkt 8)

Według zapatrywania Izby – wyżej opisany warunek należało tłumaczyć posiłkując się zastrzeżeniem Zamawiającego opisanym przy powyższym warunku, gdzie postanowiono, że „W przypadku oferty składanej przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum), powyższe warunki, mogą być spełnione łącznie.”.

W ocenie Izby – sytuacja Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum) w stosunku do podwykonawców realizujących określony zakres robót budowlanych dla potwierdzenia posiadania odpowiedniej zdolności technicznej i zawodowej jest podobna, a wobec tego z powodu braku szczegółowego uregulowania zagadnienia dowodzenia spełniania tego warunku w zbiegu dwóch doświadczeń samego wykonawcy i jego podwykonawcy należało przyjąć, że dopuszczalne jest łączenie wymaganego potencjału.

Z tego powodu, wykazanie się przez Przystępującego wykonaniem jednej referencyjnej roboty budowlanej przez niego i drugiej przez jego podwykonawcę mogło podlegać połączeniu, rezultatem czego jest konieczność uznania spełnienia tego warunku przez Przystępującego.

Wymaga wskazania, że Odwołujący nie kwestionował spełniania tego warunku w zakresie wykonania jednej roboty budowlanej przez Przystępującego oraz jednej przez podwykonawcę oddzielnie. Podważał jedynie możliwość połączenia tych potencjałów, biorąc pod uwagę wymaganie dotyczące obowiązku wykazania się dwoma robotami budowlanymi.

Mając powyższe na uwadze, że ten warunek podmiotowy został przez Przystępującego spełniony, Izba uznała za bezpodstawny zarzut Odwołującego naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust.1 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu (lit. b), lub który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń (c).

Odnosnie zarzutu braku realności przekazania zasobu do realizacji zamówienia, Izba oparła się na oświadczeniu podwykonawcy Sterbit, który zobowiązał się do wykonania wysokowydajnej instalacji fotowoltaicznej zasilanej energią słoneczną wytwarzającej energię elektryczną na potrzeby budynku o wymaganej mocy, zintegrowanej z instalacją elektryczną budynku, udostępniając własny zasób.

Stosownie do art.118 ust. 2 ustawy Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Z powołanego wyżej zobowiązania wynika w sposób oczywisty, że podwykonawca Sterbit sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu będzie wykonywał wymagane przez Zamawiającego roboty budowlane w zakresie warunku.

Izba nie stwierdziła również, że Przystępujący nie złożył zobowiązania nie wypełniającego przesłanek z art.118 ust.3 i 4 ustawy Pzp.

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.

Jednocześnie w myśl ust.4 cyt. wyżej przepisu prawa zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

- 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;
- 2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;
- 3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Dodatkowo, Izba uznała, że Zamawiający wzywając Przystępującego pismem z dnia 19 lipca 2023 r. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych rozstrzygnął, że realizacji robót budowlanych podwykonawcy Multisun Wielkopolska sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Poznaniu pierwotnie wskazane w wykazie wykonanych robót budowlanych nie potwierdzają spełniania wymaganego warunku udziału w postępowaniu.

Przedmiotowa czynność wezwania Zamawiającego w tym przypadku z racji braku jej zaskarżenia odrębnym odwołaniem przez Przystępującego stała się dla niego wiążąca.

Wobec tego – w przekonaniu Izby – ponowne dodatkowe wskazanie przez Przystępującego w nowym wykazie wykonanych robót dawnego podwykonawcy Multisun Wielkopolska sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Poznaniu obok zadeklarowania nowego podwykonawcy Sterbit sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu jest okolicznością relewantną, bowiem Zamawiający w zakresie spornego warunku zbadał jedynie l.p.7 i 8 nowego wykazu i te pozycje wykazu uznał za istotne.

W związku z powyższym obawy Odwołującego co do realności przekazania zasobu doświadczenia są zupełnie bezpodstawne.

Jednocześnie, Izba stanęła na stanowisku, że wprowadzenie czynności Zamawiającego została dokonana na podstawie art.128 ust.1 ustawy Pzp, który stanowi, że 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,
- co nie oznacza jednak, że czynność ta nie skonsumowała przesłanek określonych w przepisie art.122 ustawy Pzp.

Zgodnie z powołanym wyżej przepisem jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W omawianym przypadku do takiego zastąpienia doszło poprzez wskazanie nowego podwykonawcy Sterbit sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, który przekazał swoje doświadczenie w zakresie warunku, a wobec tego takie zastąpienie nie może zostać potraktowane jako naruszenie przez Zamawiającego cyt. wyżej przepisu art.122 ustawy Pzp.

Ostatecznie, nie potwierdził się również zarzut nieprawidłowego zastrzeżenia przez Przystępującego tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wykazu osób mających realizować zamówienie.

Stosownie do art.18 ust. 3 ustawy Pzp 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 .

Natomiast, art.11 ust.2 uznk przewiduje, że 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.

Izba stwierdziła, że w piśmie z dnia 6 lipca 2023 r. Przystępujący podał stosowne uzasadnienie zastrzeżenia informacji znajdujących się w wykazie osób mających realizować zamówienie, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby – informacje dotyczące osób realizujących zamówienie stanowią informacje o organizacji realizacji danego zamówienia, które mogą posiadać dla Przystępującego określoną wartość gospodarczą.

Jako motywację takiego stanowiska Izby należy podać występującą na rynku, w niektórych przypadkach, nieuczciwą pomiędzy niektórymi wykonawcami praktykę „podkupowania i przejmowania personelu”.

W przekonaniu Izby - środkiem prawnym przewidzianym przez ustawodawcę mającym na celu prewencję czy eliminację takiego patologicznego zachowania w obrocie zamówień publicznych jest właśnie instytucja dopuszczająca możliwość zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wymaga również wskazania, że zdolności do pozyskania nowego zespołu osobowego do realizacji określonej inwestycji nie muszą być takie same u każdego z wykonawców, stąd nie każdy z nich jest zainteresowany uczynieniem takiego zastrzeżenia klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa informacji dotyczących personelu.

Nadto, według zapatrywania Izby – ilość osób mających realizować przedmiotowe zamówienie, posiadających doświadczenie polegające na realizacji obiektu o bardzo wysokich wymaganiach technicznych przy zastosowaniu nowoczesnych technologii ekologicznych budynku może mieć ograniczony zakres, a zatem dla Przystępującego informacje dotyczące tych osób mogą podlegać ochronie prawnej opartej o zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wymaga również zauważenia, że Odwołujący nie udowodnił, że informacje tam zawarte są powszechnie znane i mogą być łatwe do uzyskania.

Nadto, Przystępujący wykazał, że w dacie ich przekazania Zamawiającemu podjął stosowne działania mające na celu zachowanie ich w poufności.

W przekonaniu Izby – dla wykazania tych okoliczności wystarczające jest wiarygodne oświadczenie Przystępującego w tej materii uprawdopodobniające zachowanie procedur ostrożnościowych, bez obowiązku szczegółowego dowodzenia istnienia tych procedur.

W ocenie Izby – taki brak obowiązku szczegółowego dowodzenia nie oznacza jednak, że złożone przez Przystępującego powyższe oświadczenie nie stanowi dowodu podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania tych informacji w poufności.

Niezależnie od powyższego, Izba wzięła również pod uwagę, że prawdziwość powyższego oświadczenia Przystępującego potwierdzają również dokumenty regulujące politykę ochrony danych osobowych, politykę poufności informacji, a także politykę obiegu informacji poufnych obowiązujące w jego organizacji, które to opracowania zostały przedłożone na posiedzeniu przed Izbą.

Reasumując, Przystępujący – zdaniem Izby - wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w granicach art.18 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art.11 ust.2 uznk.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 .

Przewodniczący:.....