

WYROK
z dnia 27 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 września 2021 r. przez wykonawcę **Print Flow Solutions M. Sianos sp. j. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Sąd Rejonowy dla Wrocławia-Fabrycznej z siedzibą we Wrocławiu**

przy udziale wykonawcy **PrintCSU sp. z o.o. w Lublinie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnia częściowo odwołanie w zakresie zarzutu 1) odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w załącznikach do wyjaśnień wykonawcy PrintCSU sp. z o.o. w Lublinie z dnia 24 sierpnia 2021 r.,**
2. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
3. **kosztami postępowania obciąża wykonawcę Print Flow Solutions M. Sianos sp. j. w Warszawie w części ½ oraz Sąd Rejonowy dla Wrocławia-Fabrycznej z siedzibą we Wrocławiu w części ½ i:**
 - 3.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Print Flow Solutions M. Sianos sp. j. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,**
 - 3.2. **zasądza od Sądu Rejonowego dla Wrocławia-Fabrycznej z siedzibą we Wrocławiu na rzecz Print Flow Solutions M. Sianos sp. j. w Warszawie kwotę**

5.550 zł 00 gr (słownie: pięciu tysięcy pięciuset pięćdziesięciu złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający, Sąd Rejonowy dla Wrocławia-Fabrycznej z siedzibą we Wrocławiu, prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „usługa kompleksowej obsługi serwisowej urządzeń drukujących realizowana dla potrzeb Sądu Rejonowego dla Wrocławia-Fabrycznej we Wrocławiu”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 29 lipca 2021 r. nr 2021/BZP 00131342.

W dniu 8 września 2021 r. wykonawca Print Flow Solutions M. Sianos sp. j. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 18 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 2 i 3 oraz w zw. z art. 74 ust. 2 oraz w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia załączników do pisma PRINTCSU, stanowiącego odpowiedź na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących przedłożonego przez PRINTCSU środka podmiotowego (referencji wystawionej przez PrintNonStop),
- 2) art. 128 ust. 4 i 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania dalszych działań prowadzących do jednoznacznego wyjaśnienia okoliczności związanych z powiązaniem pomiędzy wystawcą referencji PrintNonStop a wykonawcą PRINTCSU co doprowadziło do nieprawidłowego wyboru oferty PRINTCSU jako najkorzystniejszej,
a także – jako zarzuty ewentualne – naruszenie przepisów:
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PRINTCSU, która podlega odrzuceniu z uwagi na fakt, że PRINTCSU podlega wykluczeniu z postępowania, ze względu na wprowadzenie w błąd Zamawiającego mające wpływ na wynik postępowania, co doprowadziło do wyboru oferty podlegającej odrzuceniu,
- 4) art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy PRINTCSU z postępowania, podczas gdy Zamawiający na podstawie wiarygodnych przesłanek mógł stwierdzić, że wykonawca PRINTCSU zawarł z innym wykonawcą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji,
- 5) art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy PRINTCSU z postępowania, podczas gdy PRINTCSU co najmniej dopuścił się wprowadzenia w błąd Zamawiającego w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) udostępnienia odtajnionych załączników do pisma PRINTCSU stanowiącego odpowiedź na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących przedłożonego przez PRINTCSU środka podmiotowego (referencji wystawionej przez PrintNonStop),
- 2) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz przeprowadzenia ponownego badania oferty wykonawcy PRINTCSU
- 3) w przypadku odtajnienia załączników, o których mowa w zarzucie 1, a także w przypadku potwierdzenia się powiązań między PRINTCSU a wystawcą referencji PrintNonStop – nakazanie zamawiającemu wykluczenie wykonawcy PRINTCSU z postępowania oraz odrzucenie jego oferty.

Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 2 i 3 oraz w zw. z art. 74 ust. 2 oraz w zw. z art. 16 ustawy Pzp wskazał, że załączniki do pisma PRINTCSU z wyjaśnieniami dotyczącymi przedłożonej referencji nie zostały mu udostępnione, pomimo sformułowanego przez niego wniosku.

Zdaniem odwołującego zamawiający zaniechał udostępnienia utajnionych załączników z naruszeniem przepisów ustawy. Argumentował, że po pierwsze zamawiający nie przesłał załączników w ogóle, a zastrzec tajemnicą przedsiębiorstwa można jedynie konkretne informacje, a nie całe dokumenty. W związku z powyższym, w przypadku prawidłowego zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zamawiający powinien był udostępnić wskazane wyżej załączniki, z wyłączeniem jedynie informacji prawidłowo zastrzeżonych (tj. utajniając, poprzez np. zaczerpnienie konkretne informacje). Według odwołującego nie jest możliwe aby całe załączniki stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa. Przykładowo, jeżeli chodzi o umowę, tajemnicą przedsiębiorstwa nie może zostać objęte oznaczenie stron umowy, które są znane.

Odwołujący wywiódł, że dopiero w sytuacji, gdy konkretne informacje zostaną w prawidłowy sposób zastrzeżone Zamawiający nie będzie mógł ich udostępnić osobom trzecim. Jednakże w przypadku, gdy wykonawca w sposób nieprawidłowy objął informacje tajemnicą przedsiębiorstwa (a co za tym idzie nie objął ich tajemnicą przedsiębiorstwa), Zamawiający nie zostaje zwolniony z ww. obowiązku. Zdaniem odwołującego z taką sytuacją mamy do czynienia właśnie w analizowanej sprawie, gdyż wykonawca PRINTCSU, w sposób nieprawidłowy zastrzegł informacje zawarte w załącznikach do pisma, co powoduje, że zamawiający powinien udostępnić mu pismo wraz z załącznikami w całości.

Odwołujący argumentował, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa jakichkolwiek informacji wymaga ziszczenia się łącznie przesłanek wyrażonych w przepisie art. 11 ust. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r., poz.

1913). Konsorcjum zatem, zastrzegając informacje zawarte w piśmie z wyjaśnieniami RNC powinno było wykazać, że dana informacja:

- 1) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa lub jest to informacja o innym charakterze lecz również posiadająca wartość gospodarczą,
- 2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 3) oraz że podjęto co do niej, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

Zdaniem odwołującego, obejmując informacje tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawca musi wskazać w uzasadnieniu konkretne informacje, które zastrzega oraz podać ich wartość gospodarczą. Według odwołującego, gdyby informacje były zastrzeżone w sposób zgodny z przepisami prawa, zamawiający udostępniłby załączniki ze wskazaniem na konkretne fragmenty, które zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa oraz utajniłby tylko te konkretne fragmenty (konkretne informacje). Działanie zamawiającego – tj. nieudostępnienie załączników w całości, świadczy o tym, że wykonawca PRINTCSU nie zaznaczył konkretnych informacji w załącznikach (tj. w umowie oraz w wykazie faktur VAT), chociażby przez zaznaczenie (np. kolorem) w tych dokumentach konkretnych informacji, które chce zastrzec.

Odwołujący argumentował, że w przesłanym mu piśmie (wyjaśnienia dotyczące referencji) wykonawca PRINTCSU nie wykazał, że podjął co do informacji zawartych w załącznikach, działania w celu utrzymania ich w poufności przy zachowaniu należytej staranności. Wykonawca PRINTCSU wskazał, że podjął takie działania, niemniej jednak nie jest to równoznaczne z wykazaniem, przez które należy rozumieć udowodnienie, że takowe działania zostały podjęte. Jako przykład odwołujący wskazał fragment wyjaśnień, w którym PRINTCSU jedynie wskazuje, że dane są chronione, nie udowadniając tego, poprzez dołączenie konkretnych dowodów potwierdzających takowe zabezpieczenie.

Zdaniem odwołującego, w wyniku braku prawidłowego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa przez PRINTCSU, tj. w wyniku nie spełnienia ostatniej przesłanki zawartej w przepisie wskazanym wyżej, informacje te zatem podlegają udostępnieniu.

Według odwołującego z działania zamawiającego wynika, że precyzji we wskazaniu zastrzeganych informacji nie można się doszukiwać w uzasadnieniu PRINTCSU. W innym razie zamawiający udostępniłby wyjaśnienia RNC utajniając jedynie te informacje, które Konsorcjum prawidłowo zastrzegło. Skoro jednak Zamawiający nie udostępnił załączników wcale, prowadzi to do konkluzji, że PRINTCSU nie wskazał zamawiającemu konkretnych informacji jakie obejmuje tajemnicą przedsiębiorstwa. Według odwołującego, wyrażenie

„wykazanie” zawarte w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, należy rozumieć udowodnienie, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Według odwołującego zamawiający powinien był udostępnić pełną treść pisma z załącznikami, a co najmniej udostępnić pismo wyjąwszy jedynie poszczególne informacje, jeżeli zostały one prawidłowo zastrzeżone. Według odwołującego zaniechanie udostępnienia załączników czyni zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 w zw. z ust. 2 i 3 Pzp zasadnym, a w konsekwencji prowadzi do niemożliwości zapoznania się z pełną treścią wyjaśnień przedłożonych przez PRINTCSU. Tym samym Odwołujący wskazał, że nie ma możliwości dokonania weryfikacji, czy Zamawiający w sposób prawidłowy zbadał powiązania między wykonawcą PRINTCSU a wystawcą referencji PrintNonStop.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 128 ust. 4 i 5 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że dwukrotnie wskazywał zamawiającemu, że pomiędzy wykonawcą PRINTCSU a wystawcą referencji występują pewne powiązania, przez które istnieje wątpliwość co do niezależności decyzyjnej między tymi podmiotami. Zamawiający wezwał PRINTCSU na podstawie art. 128 ust. 4 i 5 ustawy Pzp, do wyjaśnień dotyczących niezależności decyzyjnej między ww. podmiotami, w tym także do złożenia oświadczenia o niezależności decyzyjnej między wykonawcą PRINTCSU a PrintNonStop.

Odwołujący po pierwsze zwrócił uwagę na wezwanie zamawiającego, w którym zamawiający powziął kroki jedynie w celu uzyskania wyjaśnień co do zatrudnienia wspólników PRINTCSU (Pani G.S. oraz Pan S. M.) u wystawcy referencji PrintNonStop, pomimo, że zdaniem odwołującego przedstawił on, w szeroki sposób, jakie powiązania mogą występować między tymi podmiotami. Zamawiający jednak ograniczył badanie powiązania tych dwóch podmiotów jedynie do minimum i jedynie w zakresie, w jakim dotyczyło to zatrudnienia wspólników jednej spółki w drugiej.

Po drugie odwołujący argumentował, że zamawiający wezwał wykonawcę PRINTCSU do złożenia oświadczenia o niezależności decyzyjnej między PRINTCSU a wystawcą referencji PrintNonStop. W odpowiedzi na powyższe wezwanie PRINTCSU przesłał oświadczenie, w którym zadeklarował, że wspólnicy PRINTCSU Sp. z o.o. nie byli zatrudnieni w firmie Printnonstop Sp. z o.o. kom w żadnej wymienionej formie współpracy. A także, PRINTCSU oświadczył o niezależności decyzyjnej między PRINTCSU Sp. z o.o. a firmą Printnonstop Sp. z o.o. kom.

Odwołujący zwrócił uwagę na skrót formy prawnej firmy Printnonstop Sp. z o.o. kom, jaki został zawarty w przedłożonym oświadczeniu. Zdaniem odwołującego skrót ten powinien wzbudzić wątpliwość Zamawiającego, który powinien (biorąc pod uwagę, że miał od odwołującego informacje dotyczące chociażby zmian w nazwie podmiotu PRINTCSU, a

także informacje dotyczące powiązań między tymi podmiotami – np. korzystanie z tej samej domeny w adresie e-mail przez te dwa podmioty) wezwać ponownie wykonawcę PRINTCSU do przedłożenia oświadczenia, z którego wynikałoby jasno i precyzyjnie, że brak jest powiązania decyzyjnego między wykonawcą PRINTCSU a firmą PrintNonStop Sp. z o.o. sp. kom., ze wskazaniem numerów KRS, NIP, REGON tych podmiotów. Zdaniem odwołującego oświadczenie, przedłożone przez wykonawcę PRINTCSU, o nieprecyzyjnej treści powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, czy aby na pewno, dotyczy wystawcy referencji PrintNonStop sp. z o.o. sp. k.

Odwołujący wskazał też, że we wcześniejszym piśmie do zamawiającego (wyjaśnienia dotyczące referencji) wykonawca PRINTCSU wskazał pełny (prawidłowy) skrót formy prawnej spółek. Z uwagi na powyższe zamawiający powinien był wezwać ponownie wykonawcę PRINTCSU do złożenia oświadczenia z precyzyjnym oznaczeniem spółek, tj. poprzez wskazanie także numeru KRS, REGON, NIP oraz siedziby. Ponadto zamawiający powinien był zwrócić się na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp do PrintNonStop, w celu ustalenia dokładnych okoliczności.

Odwołujący argumentował, że w konsekwencji tego, że zamawiający zaniechał dalszych wyjaśnień, błędnie zbadał powiązania między ww. podmiotami, a co za tym idzie wybrał przedwcześnie ofertę PRINTCSU jako najkorzystniejszą, nie mając pewności co do okoliczności związanych z tym wykonawcą.

W uzasadnieniu zarzutu III – zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, a także zarzutu IV – zarzutu naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz zarzutu V – zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że zarzuty te – w zakresie, w jakim dotyczy powiązań między PRINTCSU a wystawcą referencji PrintNonStop – podnoszone są z ostrożności procesowej i powinny być oceniane dopiero po uzyskaniu dostępu przez niego do załączników do pisma dotyczącego wyjaśnień do referencji, o których mowa w zarzucie nr 1. Odwołujący podniósł, że jeżeli Izba uzna za zasadny zarzut I, to wnosi o nierozpatrywanie niniejszego zarzutu jako przedwczesnego, z wyraźnym wskazaniem tej okoliczności w treści orzeczenia – w zakresie w jakim zarzut niniejszy odnosi się do powiązań występujących między PRINTCSU a wystawcą referencji PrintNonStop.

Odwołujący wskazał, że dopiero w przypadku, gdy załączniki, o których mowa w zarzucie I, zostaną mu udostępnione, będzie mógł on dokonać dokładnej analizy powiązań występujących między ww. podmiotami, co pozwoli na szczegółowe uzasadnienie niniejszych zarzutów. Niemniej jednak odwołujący wskazał, że w przypadku, gdy występuje

zależność decyzyjna między PRINTCSU a PrintNonStop, to PRINTCSU podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ byłoby to działanie zakłócające konkurencję, a zamawiający powinien był wtedy stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. Ponadto w przypadku wystąpienia omawianego powiązania decyzyjnego oświadczenie przedłożone przez PRINTCSU należałoby uznać za wprowadzające w błąd zamawiającego, w związku z czym Zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę na podstawie art. 109 ust. 8 lub 10 ustawy Pzp. W przypadku podlegania PRINTCSU wykluczeniu, zamawiający powinien więc odrzucić ofertę tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca PrintCSU sp. z o.o. w Lublinie. Wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), informację z otwarcia ofert, ofertę przystępującego PrintCSU, wezwanie zamawiającego skierowane do przystępującego do złożenia dokumentów w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, wykaz usług wraz z dokumentem referencyjnym złożony przez przystępującego w odpowiedzi na ww. wezwanie, wezwanie zamawiającego z 20 sierpnia 2021 r. skierowane do przystępującego w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wyjaśnienia przystępującego z dnia 24 sierpnia 2021 r. wraz z załącznikami, wezwanie zamawiającego z 30 sierpnia 2021 r. skierowane do przystępującego w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wyjaśnienia przystępującego z 30 sierpnia 2021 r., zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 3 września 2021 r., załączniki do odwołania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Stosownie do art. 16 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.*

Stosownie do art. 18 ustawy Pzp:

1. *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.*
2. *Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.*
3. *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.*

Art. 74 ustawy Pzp stanowi, że:

1. *Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek.*
2. *Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że:*
 - 1) *oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie,*
 - 2) *wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków*
 - *przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.*

Stosownie do art. 128 ustawy Pzp:

4. *Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.*
5. *Jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.*

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest usługa kompleksowej obsługi serwisowej urządzeń drukujących realizowana dla potrzeb Sądu Rejonowego dla Wrocławia-Fabrycznej we Wrocławiu.

Ustalono także, że w rozdziale VI SWZ (informacja o warunkach udziału w postępowaniu oraz podstawach wykluczenia z udziału w postępowaniu) zamawiający wskazał, że:

1. O udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który:

1) spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

d) zdolności technicznej lub zawodowej - Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że:

- należycie wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – zamówienie, którego przedmiotem była lub jest minimum 1 usługa dotycząca: kompleksowej obsługi drukarek (m.in. obejmującej konserwację, naprawy i wymiany części i podzespołów) lub obsługi serwisowej drukarek (m.in. obejmującej konserwację, naprawy i wymiany części i podzespołów) o wartości umowy nie mniejszej niż 100.000 złotych brutto. Przy czym usługa powinna być świadczona nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy na podstawie jednej umowy dla jednego odbiorcy, (...).

Ustalono ponadto, że w rozdziale VII SWZ (podmiotowe środki dowodowe) zamawiający wskazał, że:

2. Zamawiający zgodnie z art. 274 ust. 1 Ustawy wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

3. Na wezwanie Zamawiającego, o którym mowa w pkt.2, Wykonawca zobowiązany jest złożyć następujące oświadczenia lub dokumenty: W celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego:

c) wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz, których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne

dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy - zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 8 do SWZ.

(por. SWZ, w aktach sprawy).

W dalszej kolejności ustalono, że do upływu terminu do składania ofert do zamawiającego wpłynęła oferta przystępującego i odwołującego (por. informacja z otwarcia ofert z 12.08.2021 r., w aktach sprawy).

Ustalono również, że pismem z 13 sierpnia 2021 r. zamawiający, działając na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp wezwał przystępującego do złożenia, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu m.in. *wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz, których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy – w celu potwierdzenia spełnienia warunku określonego w rozdziale VI pkt 1 ppkt 2 SWZ, zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 8 do SWZ* (por. wezwanie w dokumentacji postępowania przekazanej na płycie CD, w aktach sprawy).

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył wykaz usług. W wykazie tym wskazał, że Printscu sp. z o.o. wykonała na zlecenie PrintNonStop sp. z o.o. sp. k., ul. Zawieprzycka 8L, Lublin, umowę polegającą na świadczeniu usługi outsourcingu drukarek, urządzeń drukujących oraz kompleksową obsługę druku (w tym obsługę serwisową), zapewnienie oprogramowania. Umowa została zawarta

04/01/2019 r., a jej wartość na dzień wystawienia referencji przekroczyła 500.000 zł brutto. Wskazał też, że ww. usługa realizowana jest od 04/01/2019 r. do nadal.

Do wykazu załączono list referencyjny z 4 sierpnia 2021 r. wystawiony przez PrintNonStop sp. z o.o. sp. k., w którym potwierdza, że PrintCSU sp. z o.o. wykonuje umowę polegającą na świadczeniu usługi outsourcingu drukarek, urządzeń drukujących, oraz kompleksową obsługę druku (w tym obsługę serwisową). Umowa została zawarta 04/01/2019 r., a jej wartość na dzień wystawienia referencji przekroczyła 500.000,00 zł brutto.

W dalszej kolejności ustalono, że pismem z 20 sierpnia 2021 r. zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień:

- 1) *w jakim miejscu była realizowana „usługa outsourcingu drukarek, urządzeń drukujących oraz kompleksowej obsługi druku”,*
- 2) *w jakim charakterze świadczyliście Państwo tę usługę — czy jako konsorcjant firmy PrintNonStop sp. z o.o. Sp. kom., jej podwykonawca czy też wykonawca,*
- 3) *jaki był szczegółowy zakres świadczonej usługi (jaki zakres został wskazany w umowie).*

Ustalono również, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył wyjaśnienia z dnia 24 sierpnia 2021 r. W wyjaśnieniach tych wskazał, że:

1. *Usługa outsourcingu drukarek, urządzeń drukujących oraz kompleksowej obsługi druku realizowana była przy ul. Zawieprzyckiej 8L, 20-228 Lublin,*
2. *Usługa była świadczona przez PRINTCSU Sp. z o. o. jako Wykonawca,*
3. *Szczegółowy zakres usługi wskazany został w umowie, stanowiącej załącznik wyjaśnień.*

Dołączamy umowę outsourcingu druku zawartą pomiędzy PRINTCSU Sp. z o. o. (wówczas obowiązująca nazwa Printnonstop CSU Sp. z o. o.), a PRINTNONSTOP Sp. z o. o. Sp. kom. Dołączamy również odpis pełny KRS, jako dowód potwierdzający zmianę nazwy Wykonawcy.

Załączamy wykaz wystawionych przez PRINTCSU Sp. z o. o. Faktur VAT w ramach załączonej umowy współpracy, na potwierdzenie zrealizowania usługi zaznaczając, iż: dokumenty te (niniejsze wyjaśnienia w pełni oraz zawarte załączniki) zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa i jako takie nie mogą być udostępniane do wiadomości publicznej. Zgodnie z art. 8 ust. 3 PZP nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli Wykonawca nie później niż w terminie ich składania zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Niniejszym w powyższym terminie Wykonawca czyni powyższe zastrzeżenie oraz przedkłada dowody na okoliczność wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności (m.in. miejsce wykonania usługi, jej dokładna wartość, oraz informacja czy podmiot działał samodzielnie czy też jako Podwykonawca/konsorcjant).

(...)

Odnosząc się do charakteru i przedmiotu zastrzeżonych informacji należy wskazać, iż stanowią one informacje organizacyjne i handlowe przedsiębiorstwa, w szczególności w zakresie umów handlowych, realizowanych usług (i ich dokładnej kwoty wskazanej w wykazie FV), cen zakupu towarów oraz za jakie świadczone są usługi takiego rodzaju i wielkości, doświadczenia i uprawnień wykonawcy, a także strategii współpracy. Wszystkie te informacje stanowią wymierną wartość gospodarczą i są poszukiwane przez konkurencję. Odnosząc się do charakteru zastrzeżonych informacji należy wskazać, że odbiorca (Printnopenstop Sp. z o.o. Sp. kom) zrealizowanej dostawy nie wyraża zgody na ich ujawnienie. Informacje te nie są udostępniane komukolwiek, nie są też umieszczane na stronach internetowych czy w innym miejscu podane do informacji publicznej. Dodatkowo dokładny zakres realizowanych usług objęty jest klauzulą poufności i tajności.

Zastrzeżone dokumenty zawierają informacje dotyczące szczegółów realizacji umowy, przez co ma charakter gospodarczy, handlowy oraz techniczny. Na podstawie tych informacji konkurencja może poznać aktywność gospodarczą, wzajemne relacje pomiędzy wykonawcą oraz poznać poziomy cen oferowanych przez konkurencję. Dane te stanowią cenne źródło wiedzy dla konkurencji i z chwilą ich ujawnienia będą wykorzystane celem zachwiania pozycji Wykonawcy lub podjęcia działań konkurencyjnych w stosunku do odbiorców usług/dostaw.

Nie ulega żadnej wątpliwości, iż informacja w jakim zakresie i za jaką kwotę jednostkową Wykonawca świadczył dostawy/usługi stanowi informację handlową. Nie powinno budzić wątpliwości Zamawiającego, że tego rodzaju informacje handlowe mają istotne znaczenie oraz konkretną wartość na rynku, na którym panuje silna konkurencja i walka o zbył. Ujawnienie tych informacji spowoduje, że podmioty prowadzące konkurencyjną działalność na rynku uzyskają cenne informacje o cenach jednostkowych za kopię, szczegóły umów, dokładną wielkość jej wykonania, szczegółów technicznych, gospodarczych itp. Informacja ta może również stanowić punkt wyjścia do negocjacji cenowych z producentami działając na niekorzyść naszej spółki.

Odnosząc się do drugiej z przestanek wskazujemy, iż zastrzeżone informacje nie zostały podane do informacji publicznej. Informacje o kontraktach handlowych nie są znane „ogółowi”. Dokumenty te nie są udostępnione osobom trzecim. Również odpowiednio

zabezpieczony przed nieuprawnionym dostępem został system informatyczny przedsiębiorstw, w którym te dane są przechowywane. Dane te są chronione zabezpieczeniami fizycznymi, jak i logicznymi. Użycie/odczyt tych danych/informacji wymaga posiadania praw przydzielanych przez administratora i autoryzacji w systemie komputerowym.

Zwracamy szczególną uwagę, iż dane handlowe zamieszczone w niniejszym piśmie dotyczą kontaktów z podmiotami „prywatnymi”, a zatem dostęp do nich nie jest możliwy dla każdego zainteresowanego podmiotu w trybie dostępu do informacji publicznej. Zgodnie z przeważającym stanowiskiem doktryny fakt, iż pewne informacje są informacjami handlowymi znanymi obu stronom lub pracownikom nie wyłącza ich poufnego charakteru. Informacja nie traci swego poufnego charakteru, gdy stanowi ona mienie więcej niż jednego przedsiębiorcy czy to wskutek dokonania paralelnych innowacji, czy też gromadzenia podobnych danych przez kilka podmiotów gospodarczych. Poufne informacje mogą być też kontrolowane przez kilka podmiotów wskutek kooperacji między niezależnymi podmiotami (Tak M. Mozgawa, *Zwalczanie nieuczciwej konkurencji*, s. 36.).

(...)

Ostatnią przesłanką, jaka powinna być spełniona, aby uznać informację za tajemnicę przedsiębiorstwa jest ustalenie, że przedsiębiorca podejmuje odpowiednie czynności w celu zachowania jej poufności. Wykonawca oświadcza, iż w umowach z kontrahentami niebędącymi podmiotami publicznymi Ponadto już działanie Wykonawcy w niniejszym postępowaniu wyraźnie świadczy o tym, że podejmuje on wszelkie prawem dostępne działania, aby zachować przedmiotowe informacje w poufności. (...). Informacja o realizowanym kontrakcie nie została ujawniona do wiadomości publicznej. informacje te nie są znane ogółowi, w szczególności firmom konkurencyjnym na rynku.

(...)

Dopuszczając do udostępnienia tych informacji ujawnimy informację, która jest dla nas i podmiotów z nami współpracującymi istotną, wymierną finansowo tajemnicą o charakterze gospodarczym. Jednocześnie pragniemy zaznaczyć, że na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych treść niniejszych wyjaśnień ze względu na zawarte w niej informacje stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Oz. U. z 2003 r. nr 153. poz. 1503 ze zm.). w związku z czym nie mogą one być udostępniane podmiotom trzecim, jeśli inne przepisy prawa nie stanowią inaczej. W treści dokumentu pojawiają się informacje dotyczące podmiotów prywatnych, dokumentacji wewnętrznej spółki, stosowanych klauzulach umownych, tym samym są to informacje organizacyjne naszego przedsiębiorstwa.

Do wyjaśnień załączono:

1. *Odpis pełny KRS,*
2. *Umowa Printnonstop CSU – Printnonstop Sp. z o.o. Sp. kom.,*
3. *Wykaz FV wraz ze wskazaniem sumy kwoty realizacji kontraktu.*

Następnie ustalono, że pismem z 30 sierpnia 2021 r. zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp wezwał przystępującego do udzielenia informacji, czy *Czy Pani G.S. oraz Pan S. M., wspólnicy spółki PrintCSU Sp. z o.o., byli zatrudnieni w ramach umowy o pracę, umowy cywilno-prawnej, umowy o współpracę lub w innej formie prawnej (np. kontrakt menadżerski) w firmie, która wystawiła firmie PrintCSU Sp. z o.o. referencje tj. PrintNonStop Sp. z o.o. Sp. kom.? W jakim zakresie byli zatrudnieni i czy ta współpraca trwa dalej?* Ponadto zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień w w/w zakresie oraz do złożenia oświadczenia o niezależności decyzyjnej między Wykonawcą PrintCSU sp. z o.o. a PrintNonStop sp. z o.o. sp. kom.

Następnie ustalono, że przystępujący pismem z 30 sierpnia 2021 r. oświadczył, że Pani G.S. oraz Pan S. M., wspólnicy spółki PRINTCSU Sp. z o.o. nigdy nie byli i nie są zatrudnieni w firmie Printnonstop Sp. z o.o. kom w żadnej wymienionej formie współpracy. Oświadczył o niezależności decyzyjnej między PRINTCSU Sp. z o.o. a firmą Printnonstop Sp. z o.o. kom.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający 3 września 2021 r. zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Ustalono ponadto, że pismem z 6 września 2021 r zamawiający uznał za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa pisma przystępującego z dnia 24 sierpnia 2021 r. w zakresie wyjaśnień oraz uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ustalono ponadto, że w odpowiedzi na wniosek odwołującego o udostępnienie mu wyjaśnień przystępującego zamawiający w dniu 6 września odmówił udostępnienia odwołującemu załączników do wyjaśnień przystępującego z dnia 24 sierpnia 2021 r. to jest: *Umowy Printnonstop CSU – Printnonstop Sp. z o.o. Sp. kom., oraz Wykazu FV wraz ze wskazaniem sumy kwoty realizacji kontraktu.*

Odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie.

Zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 2 i 3 oraz w zw. z art. 74 ust. 2 oraz w zw. z art. 16 ustawy Pzp (zarzut 1 odwołania).

Przypomnienia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 ustawy Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.* Dostrzec należy, że w na gruncie poprzedniej ustawy Pzp z 2004 r., gdy wprowadzono do tej ustawy, w jej art. 8 ust. 3, obowiązek wykazania przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa przedstawiono powody wprowadzenia takiej regulacji. Powody te pozostają także aktualne na gruncie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp o treści zbliżonej do art. 8 ust. 3 ustawy Pzp z 2004 r. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: *„Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.”.*

Jak wynika z powołanego przepisu na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolę zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu

obowiązkowi sprostął udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ani gołosłowne zapewnienia.

Przedmiotem oceny Izby w tej sprawie było stwierdzenie, czy zamawiający na podstawie złożonych mu przez przystępującego wyjaśnień prawidłowo ustalił, że przystępujący wykazał, iż informacje zawarte w załącznikach do wyjaśnień z dnia 24 sierpnia 2021 r., stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa. Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, przystępujący zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) *informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,*
- 2) *jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,*
- 3) *uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.*

W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie uznk podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą” (S. Sołtysiński w: *Komentarz do art. 11 ZNKU*, w: *Komentarz ZNKU pod red. J. Szwaji*, Warszawa 2006, str. 447 K. Korus, *Komentarz do art. 11 UZNK. System Informacji Prawniczej Lex*, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). *W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa* (E. Wojcieszko-Głuszko, *Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji*, *Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ*, 2005/86, str. 7, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS (Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu), przewidującego że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do

sformułowania przepisu art. 11 ust. 2 uznk. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, 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.

Izba stwierdziła, że przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia wskazał po pierwsze, że chce chronić informację o miejscu wykonania usługi, jej dokładnej wartości oraz informację czy w ramach referencyjnej usługi działał samodzielnie czy też jako podwykonawca.

Co do kwestii czy przystępujący przy realizacji spornej inwestycji działał samodzielnie czy też jako podwykonawca, to stwierdzono iż - w okolicznościach danej sprawy - przystępujący nie wykazał żadnej z trzech przesłanek definicji legalnej „tajemnicy przedsiębiorstwa”.

Po pierwsze stwierdzono, że informacja ta jest znana wszystkim zainteresowanym wykonawcom. Powyższe wynikało z faktu, że przystępujący złożył zamawiającemu w tym postępowaniu jawny wykaz usług, w którym w kolumnie 2 wskazał wyraźnie, że to on sam był wykonawcą referencyjnej usługi. Dodatkowo o fakcie tym można było wnioskować także w oparciu o lekturę jawnego dokumentu referencyjnego, załączonego przez przystępującego do ww. wykazu. Dostrzeżenia wymagało, że w dokumencie tym zleceniodawca wypowiadał się także jedynie o przystępującym jako wykonującym usługę. Nie wskazano w szczególności, aby miał on być podwykonawcą tej usługi. Ponadto w piśmie z dnia 6 września 2021 r. zamawiający odtajnił ogólną część uzasadnienia zastrzeżenia i przekazał ją w tym samym dniu odwołującemu. Przystępujący nie skorzystał z prawa wniesienia odwołania wobec czynności odtajnienia przez zamawiającego omawianego dokumentu, zatem czynność zamawiającego, na moment wyrokowania, stała się ostateczna. W jawnej obecnie części uzasadnienia zastrzeżenia przystępujący jeszcze raz wyraźnie potwierdził, że na podczas realizacji referencyjnej usługi był wykonawcą a nie podwykonawcą. W tej sytuacji informacja ta jest znana wszystkim zainteresowanym wykonawcom. Finalnie stwierdzono także, że przystępujący nie wykazał, jaką wartość gospodarczą posiada zastrzegana informacja. Nie wiadomo zatem dlaczego kwestia wykonywania tej konkretnej usługi w charakterze wykonawcy, a nie podwykonawcy, miałyby posiadać jakąkolwiek wartość gospodarczą.

Co do zastrzeganej informacji na temat miejsca wykonywania usługi referencyjnej, wzięto pod uwagę fakt, że zamawiający w piśmie z dnia 6 września 2021 r. odtajnił także tę informację i przekazał ją odwołującemu. Czynność zamawiającego w tym zakresie nie była kwestionowana przez przystępującego i stała się ostateczna. W związku w powyższym

również i omawiana informacja jest powszechnie znana wszystkim zainteresowanym wykonawcom. Stwierdzono także, że przystępujący nie wykazał, jaką wartość gospodarczą posiada zastrzegana informacja. Nie wiadomo zatem dlaczego kwestia wykonywania tej konkretnej usługi w określonej lokalizacji miałyby posiadać jakąkolwiek wartość gospodarczą.

Co do zastrzeganej informacji o dokładnej wartości usługi referencyjnej wzięto pod uwagę, że sam przystępujący w jawnym wykazie usług podał, że wartość usługi referencyjnej wykonanej na moment złożenia wykazu wynosiła ponad 500.000 zł brutto. Kwota ta została również ujawniona w dokumencie referencyjnym złożonym przez przystępującego. W tej sytuacji wszyscy zainteresowani uczestnicy rynku, w tym odwołujący, w oparciu o już ujawnione dokumenty mogli wnioskować o skali usługi i jej orientacyjnej wartości. Nie wykazano natomiast jaką wartość gospodarczą dla przystępującego posiada informacja o dokładnej wartości usługi, w sytuacji gdy skala tej wartości została ujawniona. W tym zakresie przystępujący ograniczył się do gołosłownej i ogólnej argumentacji, że informacja o dokładnej wartości usługi ma wymierną wartość gospodarczą i jest poszukiwana przez konkurencję. Nie sprostął jednak konieczności nie tylko wykazania ale nawet uargumentowania dlaczego informacja o dokładnej wartości tej jednej, konkretnej umowy mogłaby okazać się tak cenna dla konkurencji, aby posiadała jakąkolwiek wartość gospodarczą. Powyższe budziło tym bardziej zastrzeżenia, że - jak wskazano wcześniej - wykonawca sam ujawnił skalę współpracy ze zleceniodawcą w ramach tej umowy w wykazie usług. Analiza przywołanego uzasadnienia co do wartości gospodarczej zastrzeżonej informacji prowadziła do wniosku, że wykonawca nie sprostął obowiązkowi wykazania tego elementu definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Uzasadnienie okazało się lakoniczne, szczątkowe mające co najwyżej charakter deklaracji (zapewnienia).

W dalszej części uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępujący wskazał ponadto, że zamierzał poprzez zastrzeżenie chronić również informację o cenie jednostkowej za wydruk. Wskazywał, że tego rodzaju informacja na znaczenie i konkretną wartość na rynku. Zdaniem Izby, w oparciu o treść uzasadnienia zastrzeżenia sporządzonego przez przystępującego nie sposób było powziąć jakiegokolwiek wiedzy na temat unikalności i wyjątkowości ceny jednostkowej za wydruk ujawnionej w umowie. W związku z powyższym, w oparciu o przywołane uzasadnienie, nie można było w żaden sposób wywnioskować, dlaczego przystępujący uważa, że akurat omawiana informacja posiada jakąkolwiek wartość gospodarczą. Jeśli przystępujący powoływał się na argument co do konieczności chronienia wartości umowy czy ceny jednostkowej to powinien wykazać, że ten sposób kalkulacji jest unikalny, wyjątkowy, niespotykany na rynku i nieznanym innym wykonawcom. Przystępujący nie wykazał zatem, że jest to jakaś specyficzna cena jednostkowa, uzasadniająca przypuszczenie, że konkurencji gdyby ją poznali, to przystąpiliby

do negocjacji z kontrahentem przystępującego. Powyższe jest też o tyle wątpliwe, że jak wynikało z całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, przystępujący współpracuje z wystawcą referencji i podmiotami z jego grupy kapitałowej. Trudno zatem przypuszczać, a przynajmniej przystępujący, na którym spoczywał ciężar dowodu, nie wykazał, aby obawa utraty tego akurat kontrahenta miała być realna. W braku dowodu przeciwnego należało uznać, że tego rodzaju ogólna informacja, nie posiada jakiegokolwiek wartości gospodarczej.

W dalszej części uzasadnienia zastrzeżenia przystępujący argumentował, że powodem utajnienia umowy i zestawienia faktur miał być fakt, iż Print Non Stop sp. z o.o. sp. k. miała nie wyrazić zgody na ujawnienie tych dokumentów. Przy wyrokowaniu wzięto pod uwagę, że fakt ten nie został wykazany zamawiającemu jakimkolwiek dowodem. W treści zastrzeżonej umowy znajdowało się wprawdzie postanowienie § 6 opisujące materię poufności. Podkreślenia wymagało jednak, że postanowienie to regulowało kwestię nieujawniania informacji, jakie wykonawca poweźmie w trakcie realizacji usługi w związku z jej wykonywaniem. Omawiane postanowienie nie dotyczyło zatem obowiązku zachowania w poufności treści samej umowy.

Zdaniem Izby przystępujący nie sprostął konieczności wykazania, że podjął skuteczne działania celem zachowania zastrzeganych informacji w poufności. Jak wskazano już wcześniej, przystępujący ujawnił zamawiającemu dane kontrahenta, fakt, że był wykonawcą usługi referencyjnej, oraz skalę wykonanej umowy. Przystępujący nie wykazał także, aby jego kontrahent podjął jakiegokolwiek działania, celem ochrony zastrzeganych informacji. Twierdzenia przystępującego w tym zakresie pozostały ogólne a także gołosłowne, gdyż nie zostały poparte jakimikolwiek dowodem. Wyjaśnienia na temat działań kontrahenta okazały się nazbyt ogólne, lakoniczne. Zamawiający w oparciu o przywołane gołosłowne twierdzenia nie był także w stanie stwierdzić, czy działania te są skuteczne. W szczególności nie wiadomo o jakich bliżej nieokreślonych wewnętrznych procedurach pisze wykonawca.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie w zebranych w sprawie materiale dowodowym. Skutkiem bezzasadnego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest leżący po stronie zamawiającego obowiązek odtajnienia takich danych. W uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 wyraźnie stwierdzono, że *w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Skoro zatem zamawiający stwierdził*

bezskuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to jego obowiązkiem było odtajnienie danych nieskutecznie zastrzeżonych.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył przepisy art. 18 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie odtajnienia informacji znajdujących się w załącznikach do wyjaśnień przystępującego z dnia 24 sierpnia 2021 r. W konsekwencji zamawiający naruszył także przepis art. 74 ust. 2 ustawy Pzp nie udostępniając spornych dokumentów odwołującemu, pomimo złożenia stosownego wniosku w tej sprawie.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 i 5 ustawy Pzp przez zaniechanie dokonania przez zamawiającego dalszych działań prowadzących do jednoznacznego wyjaśnienia okoliczności związanych z powiązaniem pomiędzy wystawcą referencji - Print Non Stop sp. z o.o. sp. k. a przystępującym (zarzut nr 2 odwołania).

Zarzut ten odwołujący po pierwsze oparł na okoliczności, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 30 sierpnia 2021 r. przystępujący złożył w tym dniu oświadczenie o niezależności decyzyjnej między nim a firmą „Printnonstop sp. z o.o. kom.”. Rzeczywiście w omawianym oświadczeniu można było dopatrzeć się nieścisłości przy określeniu formy prawnej wystawcy referencji. Zamiast skrótu „sp. z o.o. sp. k.” podano skrót „sp. z o.o. kom.”. Jednakże zgodnie z art. 65 KC, który w myśl art. 8 ust. 1 ustawy Pzp znajdował zastosowanie do czynności podejmowanych przez wykonawców w postępowaniu, *Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.* W oparciu o przywołany przepis oświadczenie przystępującego podlegało wykładni, z uwzględnieniem wszelkich okoliczności, w jakich zostało złożone. W treści oświadczenia znalazło się określenie „kom.”, które musiało odnosić się do spółki komandytowej. Nie ulegało także wątpliwości, że przystępujący w treści złożonego oświadczenia miał na myśli firmę Printnonstop sp. z o.o. sp. kom. Powiązań z tą właśnie firmą wszak dotyczyło wezwanie zamawiającego, w odpowiedzi na które złożono analizowane oświadczenie. To również z tym podmiotem została zawarta umowa referencyjna, ujawniona w wykazie usług i dokumencie referencyjnym. W związku z powyższym nie powinno ulegać wątpliwości, że przystępujący pomimo omyłki, złożył oświadczenie o niezależności decyzyjnej między nim a Printnonstop sp. z o.o. sp. k., o które zamawiający prosił go w wezwaniu. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zamawiający nie miał obowiązku ponawiania wezwania do złożenia oświadczenia.

Drugim i ostatnim podanym w odwołaniu powodem, dla którego zamawiający miałby wystosować do przystępującego kolejne wezwanie do wyjaśnień miała być okoliczność, że

zamawiający nie wezwał przystępującego do wyjaśnienia wszystkich powiązań między przystępującym a wystawcą referencji. Odwołujący argumentował, że w dotychczasowych wezwaniach zamawiający ograniczył się jedynie do wyjaśnienia kwestii zatrudnienia wspólników przystępującego u wystawcy referencji.

Izba wzięła pod uwagę, że odwołujący nie wskazał w treści odwołania, jakie to konkretnie dalsze wątpliwości zamawiający miałby dodatkowo wyjaśniać z przystępującym. Skoro odwołujący podniósł w odwołaniu zarzut zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień, to powinien wskazać czego dokładnie ma dotyczyć wezwanie. Samo powoływanie się kwestie poruszanej w pismach składanych przez odwołującego w toku postępowania, bez sprecyzowania, które wątpliwości artykułowane w nich mają stanowić podstawę wezwania do złożenia wyjaśnień, okazało się niewystarczające. Przy wyrokowaniu wzięto też pod uwagę, że przystępujący składając pisma do zamawiającego nakłaniał go aby wezwał przystępującego do złożenia oświadczenia o niezależności decyzyjnej między nim a wystawcą referencji. Takie było finalne oczekiwanie odwołującego przedstawione w pismach sygnalizacyjnych, jakie kierował do zamawiającego. Podkreślenia wymagało, że takie wezwanie zostało wystosowane przez zamawiającego w piśmie z 30 sierpnia 2021 r. i spotkało się z reakcją przystępującego. Dostrzeżenia wymagało także, że na skutek pierwszego z wezwań przystępujący złożył zamawiającemu umowę referencyjną i wykaz faktur. Wobec powyższego nie wiadomo jeszcze, a przynajmniej przystępujący nie sprecyzował tego w odwołaniu, do wyjaśnienia jakich kolejnych wątpliwości zamawiający miałby dodatkowo wezwać przystępującego.

Wobec powyższego, zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 i 5 ustawy Pzp podlegał oddaleniu jako niezasadny.

Izba nie rozpoznawała odwołania w zakresie zarzutów nr 3-5 odwołania, to jest zarzutów naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp, art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp. Odwołujący w odwołaniu wniósł o nierozpoznawanie przez Izbę tych zarzutów w razie uznania za zasadny zarzutu nr 1. Jak wskazano wcześniej, Izba uznała odwołanie za zasadne w zakresie zarzutu nr 1. W konsekwencji Izba nie rozpoznała odwołania w zakresie zarzutów nr 3-5, zgodnie z wnioskiem odwołującego.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje*

postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 i 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do częściowego uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 i 2 sentencji) i formalnym (pkt 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców*. W analizowanej sprawie naruszenia przepisów art. 18 ust. 1 – 3 oraz art. 74 ust. 1 -2 ustawy Pzp, mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający z naruszeniem ww. przepisów zaniechał bowiem uznania za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa załączników do wyjaśnień przystępującego z 24 sierpnia 2021 r. Odtajnienie tych dokumentów może umożliwić odwołującemu sformułowanie zarzutów, które mogą doprowadzić do odrzucenia oferty przystępującego.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:*

- a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo*
- b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo*
- c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.*

W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w sposób opisany w pkt 1 sentencji.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Odnosnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 554 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji. Stosownie do przywoływanego przepisu, *w przypadku*

uwzględnienia odwołania w części, w sentencji wyroku Izba wskazuje, które zarzuty uznała za uzasadnione, a które za nieuzasadnione.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Stosownie do § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437):

2. W przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą:

- 1) odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, albo*

3. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela:

- 1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła;*
- 2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie odwołanie, w zakresie rozpatrywanym, okazało się zasadne w zakresie jednego zarzutu i chybione w zakresie drugiego zarzutu. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący w części 1/2 i zamawiający w części 1/2 . Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 7.500 zł, oraz koszty poniesione przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 11.100 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (7.500 + 3.600), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 5.550 zł (11.100 zł x 1/2). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 5.550 zł (11.100 zł – 5.550 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 oraz § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 w zw. z § 5 pkt 1 oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: