

Sygn. akt: KIO 397/18

WYROK
z dnia 19 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 marca 2018 r. przez wykonawcę **Rafako Engineering Sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu** w postępowaniu prowadzonym przez

Polską Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

przy udziale wykonawcy **R. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Elektryczne i Elektroenergetyczne R. D.** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 397/18 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu – **Polskiej Spółce Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania 2, 4 i 6, ujawnienie całości złożonych przez wykonawcę **R. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Elektryczne i Elektroenergetyczne R. D.** w zakresie ww. zadań wyjaśnień dotyczących ceny z dnia 7 lutego 2018 r. oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. pozostałe zarzuty odwołania uznaje za nieuzasadnione,
3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – **Polską Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę **Rafako Engineering Sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Zamawiającego – **Polskiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz Odwołującego - wykonawcy **Rafako Engineering Sp. z siedzibą w Raciborzu** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *eksploatację gazociągów w/c w zakresie układów technologicznych, ochrony antykorozyjnej i części elektrycznej oraz usuwania awarii i stanów awaryjnych na terenie działania PSG Sp. z o.o. Oddział Zakład Gazowniczy w Koszalinie, Szczecinie i Gorzowie Wielkopolskim z podziałem na 8 zadań/części* (znak postępowania: 2017/WB00/WP-000479).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 grudnia 2017 r. pod numerem 2017/S 232-484393.

W dniu 1 marca 2018 r. wykonawca Rafako Engineering Sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie w zakresie zadania 2, 4 i 6 zarzucając Zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy Pzp polegające na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy R. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi elektryczne i elektroenergetyczne R. D., co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp;
2. uznaniu, że złożony przez R. D. wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz wyjaśnienia odnośnie rażąco niskiej ceny zostały prawidłowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a w konsekwencji, zaniechanie uznania tego zastrzeżenia za bezskuteczne i zaniechanie ujawnienia oraz udostępnienia Odwołującemu wykazu osób i wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, złożonych przez R. D., co stanowi naruszenie art. 8 ust. 1, 2, 3 ustawy Pzp oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U.2003, Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) [dalej „znku”];
3. uznaniu, że doświadczenie wskazane w wykazie umów stanowiącym załącznik nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz referencjach spełnia wymagania opisane w pkt 6.1.2.2. SIWZ, a tym samym, że R. D. spełnia wymagania udziału w postępowaniu odnośnie posiadania zdolności technicznej i zawodowej, co stanowi

- naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp;
4. zaniechaniu wykluczenia R. D. z postępowania wskutek podania przez niego informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd w zakresie doświadczenia wskazanego w wykazie doświadczenia, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp;
 5. ewentualnie wobec pkt 1.4 powyżej, zaniechaniu wezwania R. D. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu doświadczenia.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert dokonanej w postępowaniu w zakresie zadania 2, 4 i 6:

1. nakazanie Zamawiającemu odtajnienie i udostępnienie wykazu osób oraz wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę R. D.;
2. dokonania ponownej oceny ofert, wykluczenia R. D. z postępowania, a jedynie z ostrożności wezwania go do uzupełnienia wykazu doświadczenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp;
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący wskazał, że posiada w niniejszej sprawie interes w złożeniu środka ochrony prawnej przewidzianego w art. 180 i nast. ustawy Pzp. Oferta Odwołującego jest drugą (po ofercie R. D., która została uznana za najkorzystniejszą) najlepiej ocenioną w postępowaniu ofertą.

W ocenie Odwołującego, R. D. powinien zostać wykluczony z postępowania, względnie jego oferta powinna podlegać odrzuceniu, co stwierdzone może zostać po odtajnieniu wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W takiej sytuacji oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą. Interes Odwołującego w złożeniu niniejszego odwołania jest więc bezsporny.

Dokonane przez Zamawiającego naruszenia i zaniechania pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia postępowania poprzez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, a tym samym uzyskanie przychodu i zysku co stanowi jego szkodę uzasadniającą złożenie odwołania. Odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia, a niezgodna z prawem decyzja Zamawiającego pozbawia go tego. Fakt wykazania możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego jest więc oczywisty. Z powyższego wynika, że spełniona została także ta przesłanka do wniesienia odwołania.

Ustosunkowując się do zarzutu drugiego Odwołujący wskazał, że kwestionuje zasadność zastrzeżenia informacji zawartych w ofercie R. D. oraz w wyjaśnieniu

w zakresie rażąco niskiej ceny, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W dalszej części odwołania Odwołujący przedstawił rozważania teoretyczne dotyczące wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która może być ograniczona tylko w przypadkach ściśle określonych ustawą (art. 8 ust. 2 ustawy Pzp). Wskazał, że wprawdzie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przewiduje ograniczenie zasady jawności, dopuszczając zastrzeżenie poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to jednak należy mieć na uwadze, że przepis ten jest wyjątkiem od zasady. W konsekwencji nie może być on interpretowany rozszerzająco (zgodnie z zasadą *exceptiones non sunt extendendae*). Na potwierdzenie powyższego stanowiska przywołał wyrok KIO z dnia 2 września 2013 r. sygn. akt: KIO 1993/13.

Podniósł, że właściwa ocena, co do zasadności zastrzeżenia informacji ma istotne znaczenie dla przebiegu postępowania oraz realizacji samej umowy. Wykonawcy często zastrzegają bowiem informacje „na wyrost”, co uniemożliwia innym wykonawcom analizę procesu weryfikacji takiej oferty przez wykonawcę, a tym samym rodzi ryzyko wyboru wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Zwrócić należy uwagę, iż inni wykonawcy mają często lepsze rozeznanie od zamawiających co do faktycznie wykonywanych przez konkurentów usług, ich zakresu, wartości oraz poprawności. Stąd też możliwość dokonania weryfikacji ofert poza samymi zamawiającymi jest bardzo ważna, także z punktu widzenia późniejszej poprawności realizacji zamówień przez wybranych oferentów.

Następnie Odwołujący przywołał brzmienie art. 11 ust. 4 znku. Argumentował, że z orzecznictwa Sądu Najwyższego wynika, iż informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się „tajemnicą przedsiębiorstwa”, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznaną, ale nie będzie tajemnicą (tak m.in. SN w wyroku z dnia 3 października 2000 roku, I CKN 304/00, SN w wyroku z dnia 5 września 2001 roku, I CKN 1159/00, OSNC 2002/5/67, SN w wyroku z dnia 7 marca 2003 roku, I CKN 89/01, LEX nr 583717).

Uzasadniał, że treść art. 8 ust. 3 ustawy Pzp jest jasna i wynika z niej wprost, iż wykonawca chcący zastrzec jawność zawartych w ofercie informacji stanowiących dla niego

tajemnicę przedsiębiorstwa, zobowiązany jest zastrzec, nie później niż w terminie składania ofert, że nie mogą być one udostępniane i wykazać, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest zatem nie tylko wykazanie, iż dane informacje spełniają obiektywne przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 znku, ale również - prawidłowe wykazanie tego faktu nie później niż w dniu składania ofert. Brak złożenia w ofercie uzasadnienia lub też złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia skutkować musi odtajnieniem przedmiotowych informacji. Obowiązek zbadania prawidłowości dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia spoczywa na zamawiającym. W powyższym zakresie Odwołujący zacytował fragment wyroku KIO z dnia 17 grudnia 2013 r. sygn. akt: KIO 2773/13 (podobnie KIO w wyroku z dnia 24 kwietnia 2012 r., sygn. akt: KIO 762/12).

Wskazywał, że nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności oferty jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Utrzymanie przez Zamawiającego takiego zastrzeżenia, stanowi rażące naruszenie nie tylko art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp, ale również zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji.

Uzasadniając zastrzeżenie informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca powinien w stosunku do każdej z tych informacji wskazać i udowodnić, iż spełniają przesłanki z art. 11 ust. 4 znku. Nie jest wystarczające przy tym jedynie twierdzenie wykonawcy, iż informacja takie przesłanki spełnia, ale konieczne jest tego konkretne wykazanie, w odniesieniu nie tylko do rodzaju zastrzeżonych informacji, ale do konkretnych danych podlegających zastrzeżeniu przez wykonawcę.

Odwołujący wskazał, że w jego ocenie informacje zawarte w Wykazie osób - w zakresie wykazu osób, do informacji nie podlegających zastrzeżeniu mogą należeć w szczególności informacje dotyczące kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia,

a także zakresu wykonywanych przez nie czynności. Każdorazowo badaniu powinna też podlegać zasadność zastrzeżenia imion i nazwisk, jak również podstaw dysponowania daną osobą, bowiem mogą występować okoliczności, w których fakt dysponowania daną osobą przez wykonawcę został ujawniony do publicznej wiadomości (a zatem nie spełnia ustawowych przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa), np. w sytuacji wskazania wykazu osób w jawnych umowach o zamówienie publiczne zawartych przez danego wykonawcę. Potwierdzeniem powyższego jest stanowisko KIO wyrażone w wyroku z dnia 6 lutego 2017 r. sygn. akt: KIO 102/17 i 110/17. Odwołujący domyślał się, że najpewniej argumentem wskazywanym przez R. D., a przemawiającym za zastrzeżeniem tajemnicy

przedsiębiorstwa miałyby być rzekoma praktyka podkupowania sobie pracowników przez konkurencyjne przedsiębiorstwa. Jeżeli takowe sytuacje miałyby mieć miejsce to wykonawca R. D. powinien je wykazać i udowodnić.

Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy w powyższym zakresie zawarte w ofercie R. D., sprowadza się wyłącznie do przywołania treści przepisu art. 11 ust. 4 znku oraz przywołaniu treści orzecznictwa. Takie uzasadnienie uznać należy za niewystraszające, Nie wykazuje ono bowiem m.in. faktu aby informacje te miały wartość gospodarczą. Co więcej w ślad za złożonymi twierdzeniami R. D. nie złożył żadnych dowodów na podnoszone przez niego okoliczności. Z tego względu uznać należy, iż nie wykazał on tej okoliczności, a w konsekwencji zastrzeżenie tajemnicy jest niezasadne.

Również co do informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami brak jest podstaw do objęcia ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa wszystkich informacji zawartych w tego typu wyjaśnieniach. Zwłaszcza dotyczy to tak ogólnych kwestii, jak np. porównanie cen złożonych oferty lub odniesienie do treści wezwania. Nie sposób również uznać za zasadne zastrzeżenia informacji o charakterze uniwersalnym - właściwym wszystkim podmiotom działającym na określonym rynku. W ocenie Odwołującego, wykonawca nie miał prawa zastrzec informacji tam zawartych oraz uzasadnienia zastrzeżenia tych informacji. R. D. w żaden sposób nie wykazał a nawet nie podjął próby wskazania, że oferty czy to stawki zatrudnienia osób, czy to koszty utrzymania np. środków transportu, w tym kosztów paliwa odbiegają od stawek funkcjonujących na rynku i w związku z tym podlegają ochronie w uzasadnionym interesie wykonawcy. W związku z tym nie wykazał, że zarówno informacje zawarte w wyjaśnieniach do rażąco niskiej ceny jak i przedstawione kalkulacje kosztów odnoszą się do jakiś wiadomości specjalnych, czy nieznanych reguł kalkulacji kosztów czy innych okoliczności uprawniających do przedstawienia wynagrodzenia podanego w ofercie. Z tego względu nie można przyjąć, iż zastrzeżenie w tym zakresie było skuteczne. W celu potwierdzenia prezentowanego stanowiska Odwołujący przywołał fragmenty wyroków KIO z dnia 29 stycznia 2013 r. sygn. akt: KIO 83/13 oraz z dnia 2 sierpnia 2013 r. sygn. akt: KIO 1745/13.

Odnosząc się do zarzutu trzeciego Odwołujący przywołał brzmienie postanowienia 6.1.2.2. SIWZ. Wskazał, że wykonawca R. D. złożył ofertę m.in. na zadania 2, 4 i 6 co skutkować winno koniecznością legitymowania się doświadczeniem w zakresie eksploatacji 400 km gazociągów wysokiego ciśnienia. W ocenie Odwołującego doświadczenie Przystępującego w zakresie umów: 1) eksploatacja systemu ochrony katodowej - umowa zawarta ze ZRUG Sp. z o.o. w ramach inwestycji „Budowa gazociągu DN700 Szczecin- Lwówek" 8,4 MPa o długości 188,4 km, której inwestorem był Operator

Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. oraz 2) eksploatacja systemu ochrony katodowej - umowa zawarta ze ZRUG Sp. z o.o. w ramach inwestycji „Budowa gazociągu dystrybucyjnego w/c DN700 MOP 8,4 Mpa Gustorzyn-Odolanów z obiektami towarzyszącymi” o długości 168km, której inwestorem był Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., nie potwierdzało spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 6.1.2.2. SIWZ.

Uzasadniając powyższe wskazał, że wymóg dotyczył posiadania doświadczenia w zakresie wykonania usługi polegającej na eksploatacji gazociągów wysokiego ciśnienia. W kontekście przedmiotu zamówienia logiczne jest, iż chodziło o eksploatację czynnego, funkcjonującego gazociągu. Co więcej czynności te powinny mieć charakter powtarzający się i ciągły, a nie jednorazowy.

Nadto podniósł, że zgodnie z załącznikiem do zarządzenia nr 66/2017 Prezesa Zarządu PSG z dnia 11 lipca 2017 roku, dotyczącego zasad eksploatacji ochrony przeciwkorozyjnej gazociągów stalowych, definicja eksploatacji (punkt 3) brzmi następująco: *„Eksploatacja zabezpieczeń przeciwkorozyjnych gazociągu - prowadzenie ruchu urządzeń ochrony przeciwkorozyjnej oraz utrzymywanie tych urządzeń i powłoki izolacyjnej gazociągu w należyтым stanie technicznym w celu uzyskania skutecznej ochrony przeciwkorozyjnej gazociągu, przy zachowaniu wymagań bezpieczeństwa i ochrony środowiska; obejmuje prace w zakresie obsługi, konserwacji, napraw, kontrolno - pomiarowym i montażu oraz sprawowanie dozoru nad tymi pracami i prowadzenie dokumentacji technicznej”*. Odwołujący wskazał, że ww. definicja określająca czynności eksploatacyjne, jest zawarta w dokumencie „Zasady eksploatacji ochrony przeciwkorozyjnej gazociągów stalowych” obowiązującym u Zamawiającego i stanowi jeden z elementów załącznika 3.2 do umowy do prowadzonego niniejszego postępowania przetargowego.

Dalej Odwołujący argumentował, że opisane w listach referencyjnych, wystawionych przez ZRUG sp. z o.o. prace były wykonywane jednostkowo i jednorazowo w trakcie budowy nowych gazociągów DN 700 oraz w zakresie pełnienia serwisu gwarancyjnego (Gustorzyn-Odolanów). Według wiedzy Odwołującego, ZRUG Sp. z o.o. jest podmiotem, która nie posiada, ani nie jest operatorem sieci stalowych gazociągów wysokiego ciśnienia, czyli nie eksploatuje systemów ochrony przeciwkorozyjnej. Podmiot wystawiający referencje jest firmą specjalizującą się w budowie gazociągów i nie posiada żadnych gazociągów, na których wykonywana jest eksploatacja czynnej ochrony przeciwkorozyjnej, dlatego też nie mógł wystawić referencji na eksploatację instalacji ochrony przeciwkorozyjnej.

Odwołujący wyjaśnił, że eksploatacja ochrony przeciwkorozyjnej polega na okresowych, wielokrotnych pomiarach, przeglądach i konserwacjach urządzeń ochrony korozyjnej. Parametry pracy układów ochrony przeciwkorozyjnej wymagają wielokrotnych badań, po których należy wykonać dokładną ocenę, regulację parametrów źródeł prądu

ochrony katodowej w celu sprawdzenia, czy instalacja ochrony przeciwkorozyjnej w sposób prawidłowy chroni badany gazociąg. Okresowe pomiary w ochronie przeciwkorozyjnej wykonuje się zgodnie z zatwierdzonym przez Zamawiającego harmonogramem zgodnie z zasadami Instrukcji Eksploatacyjnych Ochrony Przewodów Przewodzących Gazociągów Stalowych i odbywają się kilka razy w roku w zależności od zmian pogodowych. Sieć stalowych gazociągów wysokiego ciśnienia Zamawiającego jest wzajemnie powiązana, a zabezpieczenia przeciwkorozyjne stanowią złożone instalacje. Powłoki izolacyjne gazociągów są różnorodnego rodzaju często mogą być znacznie zdegradowane długim okresem eksploatacji gazociągu. Czynności okresowe w ramach eksploatacji systemów ochrony antykorozyjnej winny być zakończone oceną stanu zabezpieczenia antykorozyjnego danego gazociągu i udokumentowane odpowiednim protokołem, w którym firma eksploatująca wskazuje zagrożenia, urządzenia ochrony przeciwkorozyjnej kwalifikujące się do napraw lub do wymiany oraz ewentualnych dodatkowych pomiarów, badań, które należy wykonać w celu zdiagnozowania zagrożeń mogących mieć wpływ na bezpieczeństwo eksploatacji gazociągów stalowych wysokiego ciśnienia Zamawiającego.

Odnośnie czynności eksploatacyjnych wykonywanych w ramach serwisu gwarancyjnego na inwestycji Gustorzyn - Odolanów, to poza uwagami wskazanymi powyżej iż nie była to eksploatacja, należy zauważyć, iż budowę i rozruch instalacji ochrony katodowej wykonywał W. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EndCorr - Zakład Specjalistycznych Instalacji i Urządzeń Elektrycznych.

Po realizacji inwestycji została ona protokółarnie odebrana i przekazana do eksploatacji do Operatorowi Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. Po przekazaniu instalacji eksploatacją ochrony katodowej zajęły się służby Operatora Gazociągów Przesyłowych Gaz - System S.A. Serwis gwarancyjny, w tym usuwanie stanów awaryjnych urządzeń ochrony pełniła EndCorr i zgodnie z oświadczeniem jej właściciela, załączonym do odwołania, były realizowane samodzielnie.

Powyższe, zdaniem Odwołującego oznaczało, iż R. D. nie mógł wykonać tych usług, gdyż eksploatacja jak i serwis gwarancyjny pełniony był przez inne podmioty. Jeżeli przyjąć, iż R. D. pełnił w okresie 12.2014 r. do 12.2016 r. na rzecz ZRUG Sp. z o. o. usługi gwarancyjne, to nie dotyczyły one całości odcinka gazociągu (168 km) i mogły polegać na jednostkowych kontrolnych pomiarach, a nie na jego eksploatacji. Właścicielem

i operatorem gazociągu dystrybucyjnego w/c DN700 Gustorzyn - Odolanów z obiektami towarzyszącymi jest Operator Gazociągów Przesyłowych Gaz - System i to ten podmiot był i jest uprawniony do ewentualnego zlecenia eksploatacji posiadanych gazociągów.

Zdaniem Odwołującego działanie powyższe rozważane powinno być nie tylko w kontekście braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ale przede wszystkim

wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Przechodząc do zarzutu czwartego odwołania podniósł, że Zamawiający winien był wykluczyć R. D. z postępowania, z uwagi na działanie niedbałe/ lekkomyślne, które mogło wprowadzić Zamawiającego w błąd i wpłynąć na wynik postępowania.

W przypadku przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, nie ma już potrzeby wykazywania przez zamawiającego zamiaru wykonawcy. Dla zastosowania tego przepisu wystarczy bowiem jego wina nieumyślna. Zgodnie z przytoczonym przepisem, zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności (kiedy jest świadomy, że może podawać informacje nieprawdziwe, ale bezpodstawnie sądzi, że do tego jednak nie dojdzie) lub niedbalstwa (podaje nieprawdziwe informacje nawet nie zdając sobie z tego sprawy) przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (tak: Hanna Gajewska-Kraczkowska [w:] Zamówienia publiczne: fakultatywne przesłanki wykluczenia, Rzeczpospolita, 15 listopada).

Bez wątpliwości bowiem świadome posłużenie się nieprawdziwymi danymi w wykazie doświadczenia, które nie spełniają warunków udziału w postępowaniu miało charakter celowy, a wykonawca R. D. świadomie dążył do wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Nie ma też wątpliwości, że działanie takie miało wpływ na wynik postępowania. Brak dysponowania odpowiednim doświadczeniem powodowałby, iż wykonawca R. D. nie spełniałby warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący uzasadniał, iż R. D. nie może zasłaniać się faktem, że nie miał świadomości co do nie spełniania wymogów SIWZ w zakresie posiadania zdolności technicznej i zawodowej. Zdaniem R. D. realizował te usługi osobiście powinien więc wiedzieć co i w jakim zakresie wchodziło w zakres jego obowiązków. Tymczasem wskazał on na wykonywanie czynności, które nie wchodziły w zakres tamtego zadania. Jak to bowiem zostało wskazane wcześniej podmiot ten rzekomo realizował jakieś czynności, ale na etapie budowy, a nie samej eksploatacji czynnego gazociągu, ponadto nie realizował czynności serwisowych na gazociągu Gustorzyn-Odolanów, gdyż wykonywała to EndCorr.

Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 października 2014 r. sygn. akt: KIO 2106/14, zgodnie z którym: *„Istotą przesłanki wykluczenia wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp [obecnie - art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp - przyp. autora] jest zapewnienie należytego wykonania zamówienia w przyszłości oraz ochrona uczciwej konkurencji. Wykonawcy, którzy nie spełniają wymagań zamawiającego i są winni wprowadzeniu go w błąd, co do posiadania oczekiwanej zdolności podmiotowej lub przedmiotu oferty, są eliminowani*

z postępowania o udzielenie zamówienia z pominięciem trybu art. 26 ust. 3 pzp."

Odwołujący wskazał także, że w jego ocenie, niezależnie od wykluczenia R. D. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, zachodzą też w niniejszej sprawie przesłanki, do wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

Do wykluczenia wykonawcy konieczne jest więc w tym przypadku kumulatywne spełnienie następujących przesłanek: wykonawca działał w sposób zamierzony lub w warunkach rażącego niedbalstwa, wskutek tego zachowania Zamawiający został wprowadzony w błąd, błąd dotyczy informacji co do istnienia podstaw wykluczenia wykonawcy, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Jak wykazano powyżej, R. D. nie posiada wymaganego przez SIWZ doświadczenia. Jednakże wykaz doświadczenia wraz z referencjami załączony przez R. D. został wypełniony w taki sposób, by sprawić wrażenie, że R. D. spełnia wymogi podmiotowe w postępowaniu.

Z całą pewnością zostały spełnione wyżej wskazane przesłanki do wykluczenia R. D.. Zamawiający został wprowadzony w błąd, bowiem wbrew zaistniałemu stanowi faktycznemu przyjął, że R. D. nie podlega wykluczeniu. Jest to błąd co do spełniania przez R. D. warunków udziału w postępowaniu.

W kontekście zamówień publicznych, elementem koniecznym do ustalenia czy działaniu wykonawcy można przypisać cechy rażącego niedbalstwa jest ustalenie standardu staranności jakim winien wykazać się wykonawca. Nie ulega wątpliwości, że w niniejszym postępowaniu, należyta staranność określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru działalności R. D. (art. 355 § 2 kc.). Prowadzona przez R. D. działalność profesjonalna uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do jego umiejętności w zakresie prowadzonej działalności. Oczekiwania te są zwiększone tym bardziej, że podstawową działalnością R. D. jest działalność w zakresie prac elektrycznych i elektroenergetycznych, a zatem ma pełną świadomość tego, jakie prace można uznać za spełniające wymogi Zamawiającego, a jakie prace wymogu tego nie spełniają.

Skoro Odwołujący był w stanie zweryfikować fakt niespełniania wymogów postępowania przez R. D., to tym bardziej ustalenia takie mógł poczynić sam R. D.. Czas jakim dysponował na przygotowanie oferty był bowiem wystarczający do zweryfikowania zakresu prac wykonywanych dla ZRUG i zweryfikowania doświadczenia własnego, o ile w ogóle przyjąć, iż własne doświadczenie wymaga jakiegokolwiek weryfikacji, ponieważ zdaniem Odwołującego musi ono być temu podmiotowi znane i tak znaczące różnice pomiędzy składanymi oświadczeniami i stanem faktycznym tłumaczone mogą być wyłącznie zamierzonym działaniem bądź też rażącym niedbalstwem.

W zakresie zarzutu piątego Odwołujący podniósł, że niezależnie od zmiany brzmienia przepisu regulującego konsekwencje złożenia nieprawdziwych informacji przez wykonawcę, aktualne pozostaje stanowisko, zgodnie z którym złożenie dokumentu o nieprawdziwej treści nie może być później konwalidowane przez uzupełnienie kwestionowanego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż takiemu uzupełnieniu podlega wyłącznie dokument niezłożony lub wadliwy, a dokument zawierający informację nieprawdziwą nie może zostać uznany za dokument wadliwy, a więc zawierający określone błędy. W powyższym zakresie Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 24 października 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 1098/08.

Nadto z ostrożności wskazał, że gdyby Izba uznała, iż brak jest podstaw do wykluczenia R. D., to brak spełniania wymogów SIWZ w zakresie zdolności technicznej i zawodowej przez R. D. uzasadnia przyjęcie, że wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu. Z uwagi na to, w takiej sytuacji wykonawca ten powinien zostać wezwany do uzupełnienia wyjaśnień.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 14 marca 2018 r. wniósł o jego oddalenie w całości i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionej na rozprawie faktury VAT.

Zamawiający wskazał, że zarzut nieujawnienia Odwołującemu wykazu osób skierowanych przez przystępującego wykonawcę do realizacji zamówienia wraz z informacją na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia a także zakresu wykonywanych przez nich czynności jest nieprawdziwy.

Zamawiający w odpowiedzi na wniosek z dnia 19 lutego 2018 r. Odwołującego, w dniu 21 lutego 2018 r. udostępnił w siedzibie Zamawiającego przedstawicielom Odwołującego powyższy wykaz. Wskazane osoby dokonały fotokopii dokumentów.

Zamawiający nie utajnił powyższego wykazu osób z uwagi na fakt, że przystępujący wykonawca, co prawda składając ofertę w dniu 4 stycznia 2018 r. złożył zastrzeżenie, że dokumenty nie mogą być udostępniane z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa to jednak nie wykazał, w terminie złożenia oferty, iż zastrzeżone informacji stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dokument uzasadniający zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dotarł do Zamawiającego pocztą elektroniczną w dniu 25 stycznia 2018 r., a w oryginale w dniu 29 stycznia 2018 r.

Zamawiający uznał zastrzeżenie poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 5 lutego 2018 r., kierowane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Przystępujący złożył wyjaśnienia w dniu 7 lutego 2018 r. Zdaniem Zamawiającego Przystępujący wykazał przesłanki zastrzeżenia informacji w tym zakresie

jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przystępujący wykazał łączne wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 11 ust. 4 znku. Przedstawione informacje w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny były szczegółowe. Ujawnienie tych informacji umożliwiłoby innym wykonawcom poznanie warunków zatrudnienia, marż, polityki cenowej Przystępującego.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu odwołania, Zamawiający wyjaśnił, że dokonując opisu sposobu oceny warunku w zakresie posiadanych zdolności zawodowych uwzględnił specyfikę przedmiotu zamówienia tak aby poziom wiedzy wykonawcy był wystarczający do należytego wykonania zamówienia, o które się ubiega. Zamawiający określił minimalne wymagania konieczne do spełnienia przez wykonawców w pkt. 6.1.2.2.a.

Podkreślił, że proporcjonalność i zachowanie związku pomiędzy przedmiotem zamówienia a opisem sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu nie oznacza postawienia znaku równości pomiędzy tymi elementami. Opis sposobu oceny musi oddawać charakter zamówienia i dawać gwarancję prawidłowej realizacji zamówienia.

Zauważył, że Odwołujący interpretuje pojęcie eksploatacji na podstawie załącznika 3.2. do umowy, tj. Zasad eksploatacji ochrony przeciwkorozyjnej gazociągów stalowych. Załącznik ten stanowi jedynie podstawę do realizacji zadania na podstawie zawartej umowy natomiast na etapie wyboru oferty nie ma zastosowania.

Wskazał, że Odwołujący uzyskał informację od Zamawiającego z dnia 15 grudnia 2017 r. skierowaną do uczestników postępowania w dokumencie – Wyjaśnienia i zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdzie w odpowiedzi na pytanie nr 5 Zamawiający stwierdził, że zgodnie z punktem 6.1.2.2.a o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadanych zdolności technicznych lub zawodowych, tj.: wykażą, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonali usługi polegające na eksploatacji gazociągów wysokiego ciśnienia o łącznej długości nie mniejszej niż: dla zadania nr 2 – 200 km, zadania nr 4 – 100 km, zadania nr 6 – 100 km. W przypadku składania oferty na dwa lub więcej zadań ww. ilości należało zsumować.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 1 marca 2018 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę R. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Elektryczne i Elektroenergetyczne R. D. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 2 marca 2018 r. po stronie Zamawiającego. Przystępujący złożył pismo procesowe z dnia 15 marca 2018 r., w którym przedstawił uzasadnienie prawne i faktyczne swojego stanowiska.

Odwołujący na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego cofnął zarzut naruszenia art. 8 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 znku, poprzez uznanie, że złożony przez R. D. wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności został prawidłowo zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa, a w konsekwencji zaniechanie uznania tego zastrzeżenia za bezskuteczne i zaniechanie ujawnienia oraz udostępnienia Odwołującemu wykazu osób. Z uwagi na powyższe ww. zarzut nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem 6.1.2.2. a SIWZ, o udzielenie zamówienia mogli się ubiegać wykonawcy, którzy spełniali warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadanych zdolności technicznych lub zawodowych, tj. wykażą, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wykonali (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, że wykonują te usługi) usługi polegające na eksploatacji gazociągów wysokiego ciśnienia o łącznej długości nie mniejszej niż: 1) dla Zadania nr 1 – 200 km, 2) dla Zadania nr 2 – 200 km, 3) dla Zadania nr 3 – 100 km, 4) dla Zadania nr 4 – 100 km, 5) dla Zadania nr 5 – 100 km, 6) dla Zadania nr 6 – 100 km oraz 7) dla Zadania nr 7 – 200 km. W przypadku składania oferty na dwa lub więcej Zadań, ww. ilości należało zsumować.

Odwołujący ubiegał się o udzielenie części 2, 4 i 6 przedmiotowego zamówienia. W części IV JEDZ - Kryteria kwalifikacji (alfa) Odwołujący oświadczył, że spełnia wymagane kryteria kwalifikacji.

W dniu 16 stycznia 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego stosownie do treści art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia aktualnych oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący w dniu 29 stycznia 2018 r. złożył m.in. wykaz umów o charakterze i zakresie podobnym do zakresu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 5 do SIWZ) w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie zadania nr 2, 4 i 6 wraz z dowodami potwierdzającymi, że prace (usługi) wymienione w wykazie wykonanych umów zostały wykonane należyście.

W ww. wykazie Przystępujący wykazał się realizacją trzech inwestycji, tj.:
1) „Eksploatacja systemu ochrony katodowej” wykonanej na rzecz ZRUG Sp. z o.o. w ramach zadania „Budowa gazociągu DN700 MOP 8,4 MPa relacji Szczecin – Lwówek” o długości 188,4 km, 2) „Eksploatacja systemu ochrony katodowej” wykonanej na rzecz ZRUG Sp. z o.o. w ramach zadania „Budowa gazociągu DN700 MOP 8,4 MPa relacji Gustorzyn – Odolanów” o długości 168 km oraz 3) „Eksploatacja systemu ochrony katodowej” wykonanej na rzecz DUON Dystrybucja S.A. dla gazociągów wysokiego ciśnienia o średnicy od DN100 do DN200 MOP 6,3 Mpa o długości 102 km. Przystępujący w celu potwierdzenia, że ww. usługi wykonane zostały należyście złożył odpowiednio referencje spółki ZRUG Sp. z o.o. z dnia 30 września 2015 r., z dnia 30 stycznia 2017 r. oraz referencje spółki DUON Dystrybucja S.A. z dnia 12 grudnia 2017 r.

W dniu 5 lutego 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanych cen za zadanie 2, 4 i 6.

Odwołujący w pismach z dnia 7 lutego 2018 r. złożył wyjaśnienia i dowody w przedmiocie ceny oferty zaoferowanej za zadanie 2, 4 i 6, które objął w całości tajemnicą przedsiębiorstwa. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w powyższym zakresie Odwołujący zawarł w odrębnym piśmie z dnia 7 lutego 2018 r.

W dniu 19 lutego 2018 r. Zamawiający za najkorzystniejszą w zakresie ww. zadań uznał ofertę wykonawcy R. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Elektryczne i Energetyczne R. D.. Oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert złożonych na ww. zadania.

Izba zważyła, co następuje:

W ocenie Izby, zarzut naruszenia art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 11 ust. 4 znu, poprzez uznanie, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia w zakresie ceny oferty zaoferowanej za zadania nr 2, 4 i 6 zostały prawidłowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a w konsekwencji zaniechanie uznania tego zastrzeżenia za bezskuteczne i zaniechanie ujawnienia oraz udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, zasługiwał na uwzględnienie.

Izba uznała, iż zaniechanie Zamawiającego polegające na nieodtajnieniu wyjaśnień Przystępującego z dnia 7 lutego 2018 r. w przedmiocie ceny oferty zaoferowanej za zadania nr 2, 4 i 6 wraz ze złożonymi dowodami, a w konsekwencji zaniechanie ich udostępnienia Odwołującemu, miało istotny wpływ na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem uniemożliwiło odwołującemu się wykonawcy ich ocenę i skorzystanie ze środków ochrony prawnej w zakresie bezpodstawnie zastrzeżonych informacji.

Art. 8 ust. 1 ustawy Pzp normuje fundamentalną zasadę udzielania zamówień publicznych, tj. zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 8 ust. 2 ustawy Pzp). Ww. zasada doznaje ograniczenia w ust. 3 ww. przepisu, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, określa również moment, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji zawartych w ofercie, wskazując, iż powinno to nastąpić najpóźniej do upływu terminu składania ofert. W odniesieniu do dokumentów przedstawianych na późniejszych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy przyjąć, że zasadność zastrzeżenia zawartych w nich informacji musi być wykazana wraz ze złożeniem takiego dokumentu. Podkreślić należy, iż *ratio legis* ww. przepisu, który uprawnia wykonawców do zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa z jednej strony, ale z drugiej nakłada obowiązek w postaci wykazania skuteczności takiego zastrzeżenia, było ograniczenie nadużywania przez wykonawców ww. instytucji w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów spełniania wymagań postawionych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak wynika z przywołanego przepisu, na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z kolei obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę i podjęcie stosownych działań w zależności od wyniku tej analizy. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się *de facto* do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 4 znku i deklaracja, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

W końcu wskazać należy, iż zaniedbanie wykonawcy przejawiające się w braku łącznego wykazania przesłanek, o których mowa powyżej, obciąża wykonawcę zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa i zwalnia tym samym zamawiającego z obowiązku zachowania określonych informacji w poufności.

W ocenie Izby dokonując analizy uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczącej wyjaśnień w zakresie ceny oferty zaoferowanej za zadanie nr 2, 4 i 6, stwierdzić należy, iż Przystępujący nie sprostał ciężarowi wykazania przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 znku. Co więcej, w ocenie Izby, treść oświadczenia Przystępującego w powyższym zakresie wskazuje, że nie podjął on nawet próby skutecznego wykazania, że zastrzeżone przez niego w piśmie z dnia 7 lutego 2018 r. informacje stanowią w istocie tajemnicę przedsiębiorstwa, bowiem poprzestał jedynie na ogólnej, lakonicznej deklaracji, iż *„zastrzeżone informacje są informacjami organizacyjnymi oraz posiadają wartość gospodarczą wykonawcy dotyczącą sposobu sporządzania przez wykonawcę wycen. Wyjaśnienia zawierają informacje o stosowanej marży oraz dotyczą organizacji pracy pracowników wykonawcy. Dlatego zostały przedstawione wyłącznie na potrzeby złożenia wyjaśnień w przedmiotowym postępowaniu przetargowym.”*

Powyższego oświadczenia Przystępującego, w ocenie Izby, w żadnej mierze nie można uznać za wystarczające dla skutecznego uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, z uwagi na brak szerszego uzasadnienia merytorycznego.

Podkreślenia wymaga, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarcza więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, 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. W rozpatrywanej sprawie Przystępujący w żaden sposób nie opisał i nie wykazał Zamawiającemu, w czym należy upatrywać wartości gospodarczej tego, że zastrzegane informacje pozostaną poufne. Przystępujący powinien bowiem wykazać Zamawiającemu na czym polegała strategia cenowa czy kosztowa Przystępującego w zakresie zadań 2, 4 i 6, w tym w jaki sposób Przystępujący chroni unikalne warunki dotyczące marż oraz organizacji pracy pracowników, a nie poprzestawać jedynie na stwierdzeniu, że zastrzeżone informacje są informacjami organizacyjnymi oraz posiadają wartość gospodarczą. Izba wskazuje, że sam fakt posiadania przez wykonawcę know – how w zakresie budowania ceny ofertowej, nie przesądza *per se*, iż dana strategia cenowa wymaga objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Gdyby bowiem przyjąć pogląd odmienny, to w dziedzinie zamówień publicznych, mielibyśmy do czynienia z zastrzeganiem poufności każdego sposobu wyliczenia ceny ofertowej przyjętego przez wykonawców, co w ocenie Izby, wypaczałoby podstawowy cel postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest jawność postępowania.

Izba uznała, że Przystępujący nie wykazał również jakie niezbędne działania zostały podjęte przez wykonawcę celem zachowania zastrzeganych informacji w poufności. Z powyższego przepisu wynika, że nie jest wystarczające podjęcie jakichkolwiek działań, lecz działań niezbędnych, a zatem działań skutecznych, gwarantujących poufność zastrzeganych informacji. Przystępujący wykazując ww. przesłankę tajemnicy przedsiębiorstwa ograniczył się jedynie do podania następujących przykładów: „a) *dane dotyczące kalkulacji ceny wykonawcy nie były przekazywane na zewnątrz ani nie były przesyłane za pomocą sieci Internet,* b) *wszyscy pracownicy wykonawcy zostali pouczeni, że są zobowiązani do zachowania poufności w przypadku podania im przez Pracodawcę (Wykonawcę) jakichkolwiek informacji, w tym wyceny do poszczególnych postępowań przetargowych, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i podlegają szczególnej ochronie,* c) *forma elektroniczna informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa przechowywana jest wyłącznie na komputerze wykonawcy, a komputer ten zabezpieczony jest przed dostępem osób nieuprawnionych m.in. hasłem,* d) *informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa nie są przesyłane drogą elektroniczną, bez zgody wykonawcy.*”

Odnosząc się do podjętych przez Przystępującego niezbędnych działań mających na celu zachowanie w poufności informacji zawartych w wyjaśnieniach dotyczących ceny oferty zaoferowanej za zadanie nr 2, 4 i 6 Izba wskazuje, iż Przystępujący nie wyjaśnił w jaki sposób jego pracownicy zostali pouczeni o zachowaniu w poufności, w przypadku przekazania im przez pracodawcę, jakichkolwiek informacji, w tym dotyczących wyceny do poszczególnych postępowań przetargowych. Na podstawie powyższego nie sposób stwierdzić, jaką formę miało pouczenie zastosowane przez Przystępującego, jaka była jego treść oraz czy zostały przewidziane, a jeśli tak to jakie były sankcje za naruszenie powyższego zakazu przez pracownika. Brak jest również informacji, czy przedmiotowe pouczenie, jest częścią polityki bezpieczeństwa obowiązującej w przedsiębiorstwie Przystępującego, wynikającej z przyjętych i zaakceptowanych przez pracowników regulaminów, czy też innych aktów obowiązujących u wykonawcy. Przystępujący nie wskazał również źródła, tj. dokumentu, z którego wynika obowiązujący w jego przedsiębiorstwie zakaz przesyłania danych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa drogą elektroniczną bez jego zgody, czy też zakaz przesyłania ww. informacji na zewnątrz oraz za pomocą sieci Internet.

Z kolei odnosząc się do wskazanego przez Przystępującego działania polegającego na zabezpieczeniu komputera wykonawcy, na którym przechowywane są informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, m.in. hasłem, stwierdzić należy, iż wykonawca, który podejmuje określone działania, by chronić informacje w poufności, powinien wykazać wszystkie podjęte przez siebie środki i szczegółowo je opisać, a nie ograniczać się do podania jednego, przykładowego, powszechnie stosowanego zabezpieczenia danych zapisanych

w pamięci komputera. Ze złożonej przez Przystępującego w ww. zakresie deklaracji, nie można nawet wywnioskować, czy dostęp do hasła posiada wyłącznie Przystępujący, czy i jakie obowiązują u Przystępującego w ww. zakresie procedury bezpieczeństwa, jak chociażby wymuszające na użytkowniku czasową zmianę hasła.

Przystępujący w zakresie omawianej przesłanki w ogóle nie wyjaśnił, czy w jego przedsiębiorstwie obowiązują jakiegokolwiek regulacje mające na celu ochronę informacji wymagających zachowania poufności, ani nie złożył żadnych dowodów potwierdzających powyższe. W świetle ww. okoliczności nie sposób uznać, że Przystępujący opisał i wykazał metody oraz podejmowane przez niego środki w celu zachowania określonych informacji jako poufnych. Powyższe zaniechania Przystępującego uniemożliwiły ustalenie, czy środki stosowane przez Przystępującego są skuteczne i rzeczywiście mogły być one uznane za działania wystarczające do zachowania zastrzeżonych informacji w poufności.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że Przystępujący nie wykazał Zamawiającemu istnienia ustawowych przesłanek zastrzeżenia wyjaśnień ceny oferty z dnia

7 lutego 2018 r. dotyczących zadania nr 2, 4 i 6 wraz ze złożonymi dowodami jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a Zamawiający naruszył przepis art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 11 ust. 4 znku, poprzez zaniechanie odtajnienia treści ww. wyjaśnień, a w konsekwencji ich nieudostępnienia Odwoływającemu.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp polegający na uznaniu, że doświadczenie wskazane przez Przystępującego w wykazie umów oraz referencjach spełnia wymagania opisane w pkt 6.1.2.2. SIWZ, a tym samym, że Przystępujący spełnia wymagania udziału w postępowaniu odnośnie posiadania zdolności technicznej i zawodowej, zdaniem Izby, nie zasługiwał na uwzględnienie.

Stosownie do treści art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Osią sporu w zakresie ww. zarzutu było rozumienie pojęcia „eksploatacja” użytego przez Zamawiającego do skonkretyzowania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej. Izba nie podzieliła interpretacji spornego pojęcia dokonanej przez Odwoływającego. Zdaniem Odwoływającego, w kontekście przedmiotu zamówienia, logicznym było, iż chodziło o eksploatację czynnego, funkcjonującego gazociągu oraz że czynności eksploatacyjne powinny mieć charakter powtarzający się i ciągły, a nie jednorazowy. Zdaniem Izby przyjęcie rozumienia ww. warunku udziału w postępowaniu w sposób zgodny z oczekiwaniami Odwoływającego *de facto* doprowadziłoby do jego zaostrenia na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji do niedopuszczalnej, po upływie terminu składania ofert, zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W odniesieniu do powyższego Izba wskazuje, iż sformułowany przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej był ogólny, bowiem wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie obowiązani byli wykazać się doświadczeniem w przedmiocie eksploatacji gazociągów wysokiego ciśnienia o określonej długości. Zamawiający w postanowieniach treści SIWZ odnoszących się do ww. warunku nie sprecyzował, ani nie zdefiniował pojęcia „eksploatacja”, poprzez wskazanie rodzaju czynności wchodzących w jego zakres tematyczny. Zauważyć należy, iż wbrew twierdzeniom Odwoływającego, Zamawiający nie powiązał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia spornego pojęcia z czynnościami wykonywanymi wyłącznie na czynnym gazociągu. Nadto możliwość wykonywania usług eksploatacyjnych na gazociągu, który nie jest czynny została potwierdzona przez Zamawiającego w toku rozprawy, co Izba uznała za

przekonujące. Co do częstotliwości świadczenia usług eksploatacyjnych gazociągu Izba wskazuje, że Zamawiający w zakresie postawionego warunku również nie uszczegółowił ww. kwestii. Tym samym za nieuzasadnione należy uznać twierdzenia Odwołującego, jakoby świadczenie usług eksploatacyjnych wyłącznie w sposób ciągły i powtarzający się, na gruncie ww. postanowień SIWZ, potwierdzało spełnianie wymagań postawionych przez Zamawiającego.

Izba zgodziła się z argumentacją podnoszoną przez Zamawiającego, iż definicja eksploatacji zabezpieczeń przeciwkorozyjnych, o której mowa w załączniku do zarządzenia nr 66/2017 Prezesa Zarządu PSG Sp. z o.o. z dnia 11 lipca 2017 r. pt. Zasady eksploatacji ochrony przeciwkorozyjnej gazociągów stalowych, stanowiącym załącznik do umowy w sprawie zamówienia publicznego, miała znaczenie na etapie realizacji zamówienia publicznego, nie zaś na etapie wyboru oferty podczas oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Gdyby bowiem Zamawiający chciał nadać pojęciu „eksploatacja”, którym posłużył się do skonkretyzowania spornego warunku udziału w postępowaniu, znaczenie wynikające z treści załącznika, o którym mowa powyżej, to obowiązany byłby takie zastrzeżenie zawrzeć wprost w opisie omawianego warunku. Brak takiego postanowienia w treści SIWZ, w ocenie składu orzekającego, uniemożliwia przypisanie pojęciu „eksploatacja” znaczenia oczekiwanego przez Odwołującego. Nadto zdaniem Izby pojęcie „eksploatacja” użyte przez Zamawiającego do opisu ww. warunku jest znacznie szersze niż zawarta w zarządzeniu nr 66/2017 definicja „eksploatacji zabezpieczeń przeciwkorozyjnych”. Za szerokim rozumieniem ww. pojęcia opowiadał się również Zamawiający, który w toku rozprawy przed Izłą wskazywał, iż eksploatacja gazociągów poza ochroną przeciwkorozyjną obejmuje przykładowo obloty trasy, ochronę układów technologicznych oraz miejsc przekroczenia przez ciekły wodne.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych względem inwestycji dotyczącej budowy gazociągu w/c DN700 relacji Gustorzyn – Odolanów Izba wskazuje, że nie podzieliła argumentacji Odwołującego, jakoby Przystępujący nie mógł wykonywać usług eksploatacji systemu ochrony katodowej w ramach ww. inwestycji, ponieważ zarówno eksploatacja jak i serwis gwarancyjny pełniony był przez inne podmioty, tj. odpowiednio przez Operatora Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. oraz Pana W. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą EndCorr – Zakład Specjalistycznych Instalacji i Urządzeń Elektrycznych.

W kontekście powyższego Izba wskazuje, że nie był sporny między Stronami fakt budowy i rozruchu instalacji ochrony katodowej w ramach ww. zadania przez wykonawcę EndCorr. W ocenie Izby, ze złożonego przez Odwołującego oświadczenia firmy EndCorr z dnia 28 lutego 2018 r. nie wynika jednak, by usługa serwisu gwarancyjnego dla ww. inwestycji świadczona była wyłącznie przez ten podmiot. Powyższe potwierdza złożone

przez Przystępującego oświadczenie spółki ZRUG Sp. z o.o. z dnia 5 marca 2018 r., stanowiące, iż w okresie gwarancyjnym prace dotyczące gazociągu relacji Gustorzyn - Odolanów wykonywały dwie firmy, tj. firma EndCorr w zakresie robót budowlano – montażowych oraz Przystępujący w zakresie prac związanych z pomiarami w ochronie katodowej.

Nadto z załączonych do odwołania protokołów z rozruchu ochrony przeciwkorozyjnej gazociągu relacji Gustorzyn – Odolanów wynika, iż ww. czynności zostały przeprowadzone w sierpniu i listopadzie 2014 r., zatem po zakończeniu budowy gazociągu. Powyższe z kolei koreluje z oświadczeniem Przystępującego zawartym w wykazie umów oraz oświadczeniem wystawcy referencji – spółki ZRUG Sp. z o.o., które potwierdzają, iż prace polegające na eksploatacji,

w tym pomiary oraz przeglądy i konserwacje wraz z usuwaniem stanów awaryjnych urządzeń ochrony katodowej dla ww. inwestycji w okresie od grudnia 2014 r. do grudnia 2016 r., tj.

w okresie gwarancyjnym, następującym po zakończeniu budowy gazociągu, wykonywał Przystępujący.

W świetle powyższych okoliczności, zdaniem Izby, brak było podstaw do uznania, że Przystępujący nie wykonywał usług ochrony katodowej gazociągu relacji Gustorzyn – Odolanów na etapie gwarancyjnym, mieszczących się w szerokiej definicji eksploatacji gazociągu, przyjętej przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu.

Konkludując, nie potwierdził się zatem zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy R. D. z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej.

W konsekwencji powyższego nie zasługiwał na uwzględnienie podniesiony przez Odwołującego jako ewentualny zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, polegający na zaniechaniu wezwania Przystępującego do uzupełnienia wykazu umów, jak również zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, które Odwołujący oparł na wspólnej podstawie faktycznej, tj. błędnej (nieprawdziwej) informacji zamieszczonej w wykazie umów dotyczącej faktu wykonywania przez Przystępującego prac w zakresie eksploatacji ochrony katodowej, która wprowadziła Zamawiającego w błąd, skoro Izba ustaliła, że Przystępujący spełnił wymagany przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

W okolicznościach niniejszej sprawy nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp z uwagi na to, że brak było w ocenie Izby podstaw do wykluczenia wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego po

stronie Zamawiającego w świetle podnoszonych przez Odwołującego okoliczności faktycznych. W tym stanie rzeczy nie sposób stwierdzić, że Zamawiający przeprowadził ocenę ofert zgodnie z ustanowionymi w SIWZ kryteriami oceny ofert względem wykonawcy, który podlegał wykluczeniu z postępowania.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku. Zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika stanowiące łącznie kwotę 18 600 zł.

Przewodniczący: