

WYROK
z dnia 5 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Katarzyna Odrzywolska
Marzena Ordysińska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lipca 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 czerwca 2018 r. przez wykonawcę **FBSerwis Spółka akcyjna, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Gmina Kielce – Miejski Zarząd Dróg w Kielcach, ul. Prendowskiej 7, 25-395 Kielce

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Kielce – Miejskiemu Zarządowi Dróg w Kielcach unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym dokonanie ponownej oceny punktowej oferty złożonej przez S.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ELPEX S.G. i uwzględnienie przy ocenie punktowej wartości robót dotyczących „budowy Domu Kultury pełniącego funkcję Domu Tradycji Ursynowa przy ul. Kajakowej w Warszawie” ustalonych według umowy podwykonawczej nr 50/2016 z 25 lutego 2016 r., zawartej pomiędzy S.G. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą ELPEX S.G. a Dorbud Spółką akcyjną, przedstawionej Miastu Stołecznemu Warszawie – Dzielnicy Ursynów, a także uznanie za nieskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach z 5 czerwca 2018 r. udzielonych przez S.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ELPEX S.G. oraz ujawnienie tych wyjaśnień,

- 2. kosztami postępowania obciąża Gminę Kielce – Miejski Zarząd Dróg w Kielcach i:**
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez FBSerwis Spółka akcyjna tytułem wpisu od odwołania,**
- 2.2. zasądza od Gminy Kielce – Miejskiego Zarządu Dróg w Kielcach na rzecz FBSerwis Spółka akcyjna kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i 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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kielcach.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1215/18

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Kielce – Miejski Zarząd Dróg w Kielcach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „konserwację i eksploatację urządzeń infrastruktury oświetlenia ulicznego, iluminacji oraz punktów poboru energii do celów okazjonalnych na terenie miasta Kielce” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 9 lutego 2018 r. pod numerem 2018/S 028-061003. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – FBService S.A. wniósł odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez S.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „ELPEX” S.G. (zwanego dalej „ELPEX”), czynności oceny oferty ELPEX i przyznania punktacji tej ofercie w ramach kryterium „doświadczenie kierownika robót”, zaniechania uznania za nieskutecznie zastrzeżenia poufności wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie wartości inwestycji „budowa Domu Kultury w Warszawie przy ul. Kajakowej” i w konsekwencji zaniechania ujawnienia ww. wyjaśnień Odwołującemu oraz wobec zaniechania wykluczenia ELPEX z postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę ELPEX jako tajemnica przedsiębiorstwa (wyjaśnienia treści oferty w zakresie wartości prac przebudowy oświetlenia ulicznego oraz sieci elektroenergetycznych sN i NN), pomimo iż zastrzeżenie to nie było skuteczne, gdyż ww. wykonawca w terminie składania ofert nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a nadto informacje te: nie mają wartości gospodarczej wykraczającej poza ramy niniejszego postępowania, zostały wcześniej ujawnione, wykonawca ELPEX nie podjął wcześniej działań zapobiegających ich wyjaśnieniu, zaś ich zastrzeżenie miało na celu jedynie utrudnienie weryfikacji spełnienia przez ELPEX wymagań Zamawiającego,

2. art. 91 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieprawidłową ocenę oferty ELPEX w ramach kryterium „doświadczenie kierownika robót” i przyznanie tej

ofercie 20 pkt w sytuacji, gdy oferta ta zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinna w tym kryterium otrzymać zaledwie 10 pkt, gdyż jedynie usługi wskazane w poz. 2 i 4 złożonego przez ELPEX formularza (wykazu) „doświadczenie kierownika robót” spełniają wymogi, gdyż:

a) usługa wskazana w poz. nr 1 wykazu została zakończona wcześniej aniżeli w ciągu trzech lat przed terminem składania ofert, tym samym nie mogła być brana pod uwagę przy ocenie w ramach kryterium „doświadczenie kierownika robót”,

b) usługa wskazana w poz. nr 3 wykazu obejmowała prace polegające na budowie lub przebudowie sieci oświetlenia ulicznego oraz sieci elektroenergetycznych SN (lub NN) o wartości niższej niż wymagana przez Zamawiającego wartość 400.000,00 zł brutto,

3. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia ELPEX z postępowania, pomimo że wykonawca ten w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – w zakresie tego, że osoba dedykowana do pełnienia funkcji kierownika robót posiada doświadczenie wynikające z wykonania prac w branży elektroenergetycznej w ramach „budowy Domu Kultury w Warszawie przy ul. Kajakowej”, a obejmujące m.in. zasilanie i przebudowę oświetlenia ulicznego o wartości 172.200,00 brutto oraz przebudowę kabli energetycznych SN i NN o wartości 239.850,00 zł brutto, podczas gdy w rzeczywistości w ramach ww. inwestycji prace dotyczące zasilania i przebudowy oświetlenia ulicznego oraz przebudowy kabli energetycznych SN i NN miały znacznie niższą wartość aniżeli wartość podana przez ELPEX oraz niż wymagana przez Zamawiającego wartość 400.000 zł brutto, co skutkowało nieuprawnionym przyznaniem przez Zamawiającego 20 punktów w ramach kryterium „doświadczenie kierownika robót” oraz w konsekwencji nieuzasadnionym uznaniem oferty ELPEX za najkorzystniejszą w postępowaniu, przy czym ELPEX, będąc profesjonalistą ubiegającym się o zamówienie publiczne, powinien dochować należytej staranności i zweryfikować prawdziwość informacji o wartości wykonanych przez siebie robót budowlanych, stąd też podanie przez niego w tym zakresie informacji niezgodnych z rzeczywistością musi być ocenione jako przejaw co najmniej niedbalstwa (niedbalstwa rażącego).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia decyzji o wyborze oferty ELPEX jako najkorzystniejszej,
2. wykluczenia ELPEX z postępowania,
3. uznania za nieskuteczne zastrzeżenia poufności wyjaśnień dotyczących wartości prac elektrycznych w inwestycji dotyczącej „budowy Domu Kultury w Warszawie przy ul. Kajakowej” oraz ujawnienie Odwołującemu tych wyjaśnień, względnie,

4. dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem faktu, że „budowa Domu Kultury w Warszawie przy ul. Kajakowej” nie obejmowała wymaganych przez Zamawiającego prac o wartości 400.000 zł brutto,

5. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniem rozdziału XV pkt 2 ppkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający ustanowił kryterium oceny ofert dotyczące „doświadczenia kierownika robót”. Stosownie do treści rozdziału XV pkt 3 w ramach ww. kryterium punkty miały zostać przyznane na podstawie informacji podanych przez wykonawcę w wykazie. Ponadto, zgodnie z postanowieniami rozdziału XV, Zamawiający przyznać miał punktację za doświadczenie osoby dedykowanej na stanowisko kierownika robót, jeśli w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert osoba ta wykonywała prace polegające na pełnieniu funkcji kierownika robót (lub kierownika budowy) przy realizacji robót w branży elektroenergetycznej o wartości 400.000,00 PLN brutto każda, polegających na budowie lub przebudowie sieci oświetlenia ulicznego lub sieci elektroenergetycznych SN lub NN, lub na utrzymaniu lub konserwacji sieci oświetlenia ulicznego osoby zadeklarowanej do realizacji zadań na stanowisku Kierownika robót za co najmniej: 1 zadanie – 0 pkt, 2 zadania – 10 pkt, 3 zadania – 20 pkt, 4 i więcej zadań – 30 pkt. Wykonawca ELPEX w przedstawionym wraz z ofertą wykazie powołał się m.in. na wykonanie zadań polegających na:

1. budowie domu kultury w Warszawie przy ul. Kajakowej (zadanie wykonane na rzecz Dorbud S.A.),
2. przebudowie budynku i obiektów towarzyszących na terenie kompleksu wojskowego w Sochaczewie (zadanie wykonane na rzecz Dorbud S.A.),
3. budowie budynku mieszkalnego w Kielcach przy ul. Sikorskiego (zadanie wykonane na rzecz Dorbud S.A.).

Za te usługi zostało mu przyznane 20 punktów w ramach kryterium „doświadczenie kierownika robót”.

Taka ocena oferty ELPEX była nieuzasadniona w zakresie przyznanej punktacji za wykazane doświadczenie w zakresie budowy Domu Kultury w Warszawie przy ul. Kajakowej. Z informacji przekazanych przez ELPEX w toku postępowania wynikało, że przedmiotowa inwestycja obejmowała m.in. prace polegające na zasilaniu i przebudowie oświetlenia ulicznego o wartości 172.200,00 brutto oraz przebudowie kabli energetycznych SN i NN o wartości 239.850,00 zł brutto, co w sumie daje kwotę 412.050,00 zł brutto.

Jednakże na rozprawie w sprawie KIO 851/18 Odwołujący przedstawił dokument w postaci załącznika rzeczowo-finansowego do protokołu końcowego odbioru robót do umowy USN-XII/WIR/C/USN/VII/P3//I/724/LW/2015 z 31 lipca 2015 r., z którego to dokumentu jednoznacznie wynikało, że ww. kategorie prac miały wartość znacznie niższą, tj. w sumie

150.060,00 zł brutto, w tym 44.280 zł brutto za prace polegające na przebudowie i zasilaniu oświetlenia ulicznego oraz 105.780,00 zł brutto za prace w zakresie przebudowy kabli energetycznych SN i NN.

W związku z powyższą rozbieżnością Zamawiający – wykonując wyrok w sprawie KIO 851/18, podjął czynności zmierzające do ustalenia rzeczywistej wartości ww. prac poprzez zwrócenie się do inwestora (Urzędu Miasta Stołecznego Warszawy) o podanie ich wartości, generalnego wykonawcy inwestycji (spółki Dorbud S.A. w restrukturyzacji w Kielcach) o potwierdzenie wartości prac, ELPEX o wyjaśnienie treści oferty w zakresie stwierdzonych rozbieżności.

W odpowiedzi na ww. wezwania Urząd Miasta Stołecznego Warszawy przedstawił dokumentację potwierdzającą wartości zawarte w protokole odbioru, tj. projekt umowy oraz treść zawartej umowy podwykonawczej pomiędzy ELPEX a Dorbud wraz z załączonym do niej przedmiarem robót oraz dwoma aneksami, umowę w sprawie zamówienia zawartą pomiędzy Dorbud S.A. a miastem stołecznym Warszawa (wraz z aneksami), protokoły odbioru robót wraz z załącznikami rzeczowo-finansowymi. Wszystkie ww. dokumenty potwierdzały wartości zawarte w dokumencie przedstawionym przez Odwołującego na rozprawie w sprawie KIO 851/18. Dorbud S.A. przedstawił lakoniczną informację, że umowa podwykonawcza zawarta przez ten podmiot z ELPEX przewidywała ryczałtowe wynagrodzenie w łącznej wysokości 610.000 zł netto. Jednocześnie podmiot ten odmówił przekazania treści samej umowy, powołując się na zastrzeżoną rzekomo tajemnicę przedsiębiorstwa. ELPEX przedstawił wyjaśnienia, które zostały w całości zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający ponownie wybrał ofertę ELPEX jako najkorzystniejszą, przyznając jej w ramach kryterium „doświadczenie kierownika robót” ponownie 20 pkt. Nie wyjaśnił jednocześnie, na jakiej podstawie uznał, że wartość prac w zakresie przebudowy oświetlenia ulicznego oraz przebudowy kabli energetycznych SN i NN miała wynikającą ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia wartość co najmniej 400.000,00 zł brutto.

Jawność postępowania jest podstawowym instrumentem gwarantującym realizację traktatowej zasady przejrzystości, której obowiązek przestrzegania wynika z postanowień wspólnotowego prawa z dziedziny zamówień publicznych. Zasada jawności postępowania przejawia się w szeregu obowiązków zamawiającego i uczestników postępowania. Odstąpienie od zasady jawności postępowania jest możliwe jedynie wyjątkowo, w ściśle oznaczonych okolicznościach i tylko gdy ustawa tak stanowi, tj. na zasadzie wyjątku (art. 8 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych). Wyjątki takie powinny być jednak w każdym przypadku interpretowane w sposób ścisły, ostrożny i uzasadniony obiektywnymi okolicznościami faktycznymi i prawnymi. Przepis art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień

publicznych nie może być nadużywany i stosowany jedynie do gry konkurencyjnej wykonawców, lecz ma za zadanie zapewnić ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa ściśle w granicach jej definicji zawartej w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji. Wyjątkiem od zasady jawności postępowania jest ustanowione w art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych uprawnienie wykonawcy do zastrzeżenia w ofercie informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa. Definicja pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa została określona w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem 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. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie warunki: ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa; posiada wartość gospodarczą; nie została ujawniona do wiadomości publicznej; podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 3 października 2000 r., sygn. akt ICKN 304/00 wskazał, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Jak przyjmuje się w piśmiennictwie, informacje chronione przez ustawę o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji obejmują np. niechronione jeszcze prawami (przed ich publikacją) wynalazki, wzory użytkowe lub zdobnicze, znaki towarowe, a także plany techniczne, analizy występowania złóż kopalin, listy klientów, metody kontroli jakości towarów i usług, sposoby marketingu, organizacji pracy, niepublikowane utwory itp. Nie jest konieczne, aby informacja taka nadawała się do zastosowania w innym przedsiębiorstwie. Mogą to być również informacje przydatne w pracy naukowo-technicznej i rozwojowej. Tajemnicę przedsiębiorstwa stanowić mogą także wyniki prób i badań, które nie nadają się do praktycznego zastosowania, np. zakończone niepowodzeniem próby wykorzystania jakiejś nowej substancji do określonego celu, informacje o ujemnych skutkach używania leku lub środka ochrony roślin (np. pestycydu) albo wstępne projekty rozwiązań technologicznych, wymagające dalszych prac rozwojowych i wdrożeniowych. Dostęp do tych informacji redukuje koszty prowadzenia samodzielnych poszukiwań oraz może stanowić punkt wyjścia do dalszych prac rozwojowych w danej branży.

W stanie faktycznym sprawy zastrzeżone przez ELPEX wyjaśnienia treści oferty dotyczyły wartości prac elektrycznych wykonanych w ramach zadania „budowa Domu Kultury w Warszawie przy ul. Kajakowej”. Informacje dotyczące wartości tychże prac nie miały na żadnym etapie postępowania charakteru tajnego – w szczególności nie została zastrzeżona ich poufność przez ELPEX w chwili przekazania Zamawiającemu informacji, jaka była

wartość przedmiotowych prac. Co więcej, wyjaśnienia dotyczące wartości wykonanych prac w ramach zakończonej już inwestycji nie mają żadnej wartości gospodarczej. Nie odnoszą się one do aspektów technicznych, technologicznych czy organizacyjnych, nie dotyczą żadnych unikatowych wiadomości lub umiejętności wykonawcy ELPEX, posiadanego, a niespotykanego na rynku *know-how* odnoszącego się do prowadzonej działalności. Uzyskanie takich informacji przez konkurentów ELPEX nie umożliwi im uzyskania jakiegokolwiek przewagi konkurencyjnej nad ELPEX poza możliwością zakwestionowania wyboru jego oferty w niniejszym postępowaniu, co jednak nie mieści się w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dodatkowo inwestycja, której dotyczyły ww. wyjaśnienia, ma charakter zamówienia publicznego, a więc co do zasady, zgodnie z art 139 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, informacje dotyczące tej inwestycji mają charakter jawny. Wprawdzie ELPEX swoje prace wykonywał nie na podstawie umowy w sprawie zamówienia (kontraktu głównego), lecz umowy podwykonawczej zawartej z generalnym wykonawcą, tj. spółką Dorbud S.A., jednak efekt tych prac jest jednocześnie również efektem prac wykonanych w ramach kontraktu głównego. Całkowicie jawna i dostępna dla wszystkich zainteresowanych jest dokumentacja projektowa domu kultury. Jakiegokolwiek stosowane w niej rozwiązania techniczne, technologiczne i konstrukcyjne tajemnicy przedsiębiorstwa stanowić zatem nie mogą. Również sama inwestycja jest obiektem otwartym, co oznacza, że każdy zainteresowany podmiot może w drodze wizytacji zidentyfikować, jakie prace i w jaki sposób zostały przez ELPEX wykonane. Z uwagi na solidarną odpowiedzialność inwestora (miasta stołecznego Warszawy) za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom (w tym ELPEX), informacje dotyczące zapłaty tego wynagrodzenia również są informacjami dostępnymi inwestorowi. Informacje te inwestor jest zobligowany udostępnić na podstawie przepisów o dostępie do informacji publicznej. Każdy zainteresowany podmiot może zatem dotrzeć do informacji o: wartości i jakości wykonanych prac, zastosowanych rozwiązaniach technicznych, technologicznych i konstrukcyjnych, rozliczeniach pomiędzy generalnym wykonawcą w zakresie nadzorowanym przez Zamawiającego. Miasto stołeczne Warszawa ujawniło bardzo szczegółowe informacje dotyczące umowy podwykonawczej zawartej przez ELPEX z Dorbud S.A. Wszelkie zatem przekazane przez ELPEX dane, które bezpośrednio odnoszą się do treści ww. umowy, czy też całokształtu stosunku prawnego łączącego tego wykonawcę z Dorbud S.A., należy uznać za uprzednio ujawnione.

Powyższe sprawia, że nie sposób uznać, aby informacje tego rodzaju nie były informacjami nieujawnionymi do wiadomości publicznej. Poważne wątpliwości w tym zakresie może również budzić to, czy wykonawca ELPEX podjął jakiegokolwiek działania zmierzające do zachowania poufności ww. prac. Nawet gdyby uznać, że pewna część zastrzeżonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa może być uznana, nie sposób jest uznać, aby ww.

tajemnicę stanowiła całość wyjaśnień ELPEX. Możliwe zatem było wydzielenie w treści wyjaśnień tych składników, które tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowią, a następnie przekazanie ich Odwołującemu w takim właśnie zakresie.

Odwołujący, niezwłocznie po otrzymaniu od Zamawiającego informacji o zastrzeżeniu przez ELPEX treści wyjaśnień odnoszących się do wartości prac podwykonawczych przy budowie Domu Kultury przy ul. Kajakowej, zwrócił się o przekazanie dodatkowych informacji o ww. wyjaśnieniach, w tym w szczególności o przedstawienie treści samego zastrzeżenia tych informacji wraz z jego uzasadnieniem. Zamawiający takiej informacji nie przekazał, powołując się na fakt, iż zostało ono również objęte zastrzeżeniem tajemnicy.

Warunkiem skuteczności zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest szczegółowe omówienie ww. przesłanek i wykazanie, że w odniesieniu do danej informacji wszystkie te przesłanki zostały spełnione. Sytuacja, w której wykonawca w ogóle nie wykazuje zasadności uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa lub wprowadzi takie „wykazanie” fizycznie przekazuje, jednak jego treść jest na tyle ogólnikowa, iż na ocenę zasadności stanowiska wykonawcy nie pozwala, winna prowadzić do uznania, iż zastrzeżenie informacji było nieskuteczne.

Przepis art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie pozostawia wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy do wykonawcy, który w odpowiednim zakresie winien bez wezwania udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Rolą zamawiającego nie jest już aktualnie prowadzenie jakiegokolwiek postępowania wyjaśniającego w zakresie zasadności skorzystania z objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. W przypadku tajemnicy przedsiębiorstwa każdy przedsiębiorca wie, jaką wartość ma określona informacja i jakie mogą być konsekwencje jej ujawnienia, jakiego rodzaju i gdzie poniesie straty wskutek jej ujawnienia, jaką konkretnie może ponieść stratę i jaka będzie jej wysokość. Stwierdzenie ogólnikowe (np. że ujawnienie tych informacji osobom trzecim mogłoby spowodować osłabienie jego pozycji na rynku), bez żadnych dowodów oznacza jedynie, iż wykonawca nie zastrzegł informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie jakiegokolwiek wyjaśnienia poczynione przez wykonawcę stanowią podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz takie, którymi wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek, które warunkują skuteczność takiego zastrzeżenia. W konsekwencji brak wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa obciąża wykonawcę składającego ofertę i zwalnia zarazem zamawiającego z utrzymania określonych i wskazanych w ofercie informacji w tajemnicy.

Jak poinformował Odwołującego Zamawiający, ELPEX złożył wyjaśnienia dotyczące wartości prac zrealizowanych w trakcie „budowy Domu Kultury w Warszawie przy ul. Kajakowej”, jednak zostały one zastrzeżone jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednocześnie Zamawiający nie przedstawił żadnej informacji, czy ELPEX i w jaki sposób zastrzeżenie tajemnicy uzasadnił. Zamawiając nie przedstawił również Odwołującemu, pomimo jego wyraźnego wniosku w tym zakresie, samej treści owego uzasadnienia dotyczącego zastrzeżenia poufności. W ocenie Odwołującego może to wskazywać, że w zastrzeżeniu przez ELPEX tajemnicy przedsiębiorstwa wyczerpującego uzasadnienia powodów uznania zastrzeganych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa zabrakło. Zdaniem Odwołującego ELPEX nie wyjaśnił, jaki jest charakter i wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji oraz nie wskazał, jakie działania podjął celem zachowania ww. informacji w poufności.

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, zastrzeżenie przez ELPEX wyjaśnień jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa było nieskuteczne. Tym samym informacje te winny były Odwołującemu przez Zamawiającego w całości udostępnione.

Zamawiający, ogłaszając decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej, nie wyjaśnił, z jakich przyczyn uznał, że w ramach umowy podwykonawczej dotyczącej inwestycji „budowa Domu Kultury w Warszawie przy ul. Kajakowej” ELPEX zrealizował wymagane przez Zamawiającego prace o wartości co najmniej 400.000,00 zł brutto. Biorąc jednak pod uwagę treść udostępnionej dokumentacji oraz fakt, że informacje uzyskane przez Zamawiającego do Urzędu Miasta Stołecznego Warszawy oraz od Dorbud S.A. spełnienia ww. wymagania nie potwierdzają, przyjęć należy, że decyzja Zamawiającego została w całości oparta o wyjaśnienia złożone przez ELPEX. Wyjaśnienia te nie zostały Odwołującemu ujawnione. Jednak wszystkie inne uzyskane dowody stanowisku prezentowanemu przez ELPEX przeczą. Informacje te muszą być bowiem konfrontowane z treścią dokumentów pochodzących od inwestora, a w tej konfrontacji, zdaniem Odwołującego, wiarygodność informacji pochodzących od ELPEX jest wątpliwa. W szczególności informacje te są sprzeczne z podstawowym dokumentem regulującym zasady wykonywania prac elektrycznych przez ELPEX, tj. z umową podwykonawczą zawartą przez ELPEX z Dorbud. Umowa ta wraz z dwoma aneksami rozszerzającymi zakres prac zleconych ELPEX do wykonania jednoznacznie potwierdza, iż wartość prac w zakresie zasilania i przebudowy oświetlenia zewnętrznego oraz przebudowy kabli energetycznych NN i SN była znacznie niższa, niż wykazywana przez ELPEX, tj. stanowiła odpowiednio 36.000 zł netto oraz 86.000,00 zł netto. Jakiegokolwiek wyjaśnienia, w szczególności pochodzące wyłącznie od wykonawcy i jego kontrahenta, który podał Zamawiającemu zakwestionowane informacje i który jest osobiście zainteresowany tym, aby ich nieprawdziwość nie została wykazana, nie

mogą podważyć danych widniejących w oficjalnych dokumentach, tj. w dokumentach przekazanych przez Dorbud S.A. miastu stołecznemu Warszawa jako inwestorowi.

Odwołujący, wobec nieznamości informacji zawartych w wyjaśnieniach ELPEX, wniósł o zweryfikowanie przez skład orzekający, czy zastrzeżone wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią i w jakiej części, czy zastrzeżenie poufności wyjaśnień ELPEX zostało skutecznie dokonane i uzasadnione, czy zastrzeżone wyjaśnienia skutecznie podważają prawdziwość informacji zawartych w oficjalnych dokumentach przekazanych w trybie dostępu do informacji publicznej przez miasto stołeczne Warszawa.

Rozmiar i charakter zrealizowanych w ramach zadania „budowa Domu Kultury w Warszawie przy ul. Kajakowej” prac energetycznych w zakresie przebudowy oświetlenia zewnętrznego oraz sieci NN i SN nie uzasadnia przyjęcia, że ich wartość przekraczała kwotę 400.000,00 zł brutto. Kalkulacje sporządzone na podstawie projektu ww. inwestycji oraz wizji lokalnej wybudowanego obiektu przy ul. Kajakowej jednoznacznie potwierdzają tezę, iż wartość tych prac musiała być znacznie niższa niż wartość wymagana przez Zamawiającego. W związku z powyższym, zarzut dotyczący nieprawidłowej oceny oferty ELPEX w ramach kryterium „doświadczenie kierownika robót” należy ocenić jako uzasadniony.

Okoliczność dotycząca podania przez ELPEX nieprawdziwej wartości prac dotyczących zasilania i przebudowy oświetlenia zewnętrznego (ulicznego) oraz przebudowy kabli SN i NN powinna być zakwalifikowana jako okoliczność skutkująca obowiązkiem wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na zasadzie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. Stosownie zaś do tego przepisu z postępowania wyklucza się wykonawcę, który przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przedmiotowe uregulowanie nakazuje wykluczyć takich wykonawców, którzy: 1) przekazują informacje, które mogą wprowadzić w błąd zamawiającego (tj. mogą wywołać skutek w postaci błędnego przeświadczenia zamawiającego o rzeczywistości), 2) błąd może powstać w zakresie mającym wpływ na decyzje zamawiającego, 3) podanie nieprawdziwych informacji ma charakter zawiniony, przy czym wina może mieć charakter co najmniej lekkomyślności lub zwykłego (nie rażącego) niedbalstwa. W stanie faktycznym sprawy wszystkie ww. okoliczności zostały spełnione.

Co do zasady wprowadzenie zamawiającego w błąd następuje (bądź może nastąpić) poprzez przekazanie informacji nieprawdziwych. Informacja nieprawdziwa to taka informacja, która jest niezgodna z istniejącym stanem rzeczy. Jest to zatem informacja wprowadzająca jej adresata w błąd z uwagi na fakt, że wywołuje u niego mylne postrzeganie rzeczywistości. Niewątpliwie wskazana w wykazie dot. kierownika informacja o wartości prac w zakresie zasilania i przebudowy oświetlenia zewnętrznego (ulicznego) oraz przebudowy kabli SN i NN

jest informacją nieprawdziwą. Jej podanie przez ELPEX wywołało u Zamawiającego przekonanie, że osoba dedykowana na stanowisko kierownika robót spełnia premiowane wymagania dotyczące posiadania doświadczenia w realizacji robót o wartości co najmniej 400.000,00 zł brutto. Informacje dotyczące wartości prac w zakresie zasilania i przebudowy oświetlenia zewnętrznego (ulicznego) oraz przebudowy kabli SN i NN dotyczyły kryterium oceny ofert „doświadczenie kierownika robót”. Informacje takie miały bezpośredni wpływ na decyzję Zamawiającego o wyborze oferty ELPEX jako oferty najkorzystniejszej.

Podanie ww. informacji nastąpiło co najmniej w wyniku niedbalstwa, i to niedbalstwa, w ocenie Odwołującego, rażącego. Jak zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 10 marca 2004 r., sygn. IV CK 151/03, przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika staranności. Ów wzorzec staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (tak w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r. sygn. akt V CK 311/02). W stosunku do profesjonalistów miernik należytej staranności należy ustalać przy zastosowaniu przepisy art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z jego treścią należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się z uwzględnieniem zawodowego charakteru tej działalności. Jak się wskazuje w orzecznictwie, prowadzenie działalności profesjonalnej uzasadnia zwiększone oczekiwania co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Od podmiotu takiego wymaga się posiadania niezbędnej wiedzy fachowej, która obejmuje nie tylko formalne kwalifikacje, ale również ustalone standardy wymagań. Należyta staranność dłużnika, określona z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej.

Pojęcie „rażącego niedbalstwa” jest nieostre i nie zawsze łatwe do oddzielenia od niedbalstwa zwykłego. W polskim orzecznictwie podkreśla się jednak konieczność obiektywizacji tego pojęcia, oceniając je w oderwaniu od elementów subiektywnych (jak np. stan psychiczny sprawcy). Jak zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 10 marca 2010 r. sygn. IV CK 151/03, rażące niedbalstwo jest wyższym od niedbalstwa stopniem winy nieumyślnej. Niedbalstwo określa się jako niedołożenie należytej staranności, tj. staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego). Za miernik należytej staranności uznaje się więc miernik obiektywny, odnoszący się do każdego, kto znajdzie się w określonej sytuacji, formułowany np. dla profesjonalnego

wykonawcy inwestycji budowlanych, lekarza określonej specjalności, nauczyciela wychowania fizycznego, kierowcy samochodowego, na podstawie takich dotyczących ich reguł, jak: zasady współżycia społecznego, szczegółowe normy prawne, pragmatyki zawodowe, zwyczaje itp. Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej. Ponadto, gdy wykonanie zobowiązania wymaga specjalnych wiadomości lub umiejętności, za rażące niedbalstwo należy uznać także postępowanie poniżej minimalnego, elementarnego poziomu tych wiadomości lub umiejętności.

Minimum staranności, której należy wymagać od wykonawcy ubiegającego się o zamówienia publiczne, jest oczekiwanie, aby przekazywane przez niego informacje były informacjami prawdziwymi. Wykonawca, jeśli tylko posiada możliwość ich sprawdzenia, winien takiego sprawdzenia dokonać. Wykonawca winien sobie bowiem zdawać sprawę, że przekazywane informacje stanowią podstawę wydatkowania istotnych środków publicznych (w tym przypadku kilkudziesięciu milionów złotych), zaś odpowiedzialność wykonawcy za podanie informacji fałszywych jest w prawie polskim szczególnie rygorystyczna. W stanie faktycznym sprawy takiej staranności po stronie ELPEX mogło zabraknąć.

Wykonawca ten powinien posiadać wiedzę o wartości prac, które wykonał w ramach budowy Domy Kultury w Warszawie przy ul. Kajakowej, na podstawie umowy podwykonawczej łączącej go z generalnym wykonawcą Dorbud S.A. Jeśli zaś takiej wiedzy nie posiadał, winien zweryfikować wartość wykonanych prac poprzez odniesienie się do wiarygodnych dokumentów dotyczących procesu inwestycyjnego w tym zakresie, w szczególności protokołu odbioru końcowego wraz z załącznikami oraz treści samej umowy podwykonawczej, na podstawie której prace elektryczne wykonał. Skoro jednak ELPEX przekazał Zamawiającemu informacje niezgodne z tymi dokumentami, to tym samym takiej weryfikacji nie dokonał. W tym zakresie przypisanie mu winy w postaci co najmniej niedbalstwa wątpliwości budzić nie może. Powyższe winno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania na zasadzie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Uwzględnienie odwołania poprzez wykluczenie ELPEX z postępowania lub poprzez obniżenie przyznanej temu wykonawcy punktacji w zakresie kryterium „doświadczenie kierownika robót” o 10 punktów doprowadzi do wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko dotyczące wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał, że zgodnie z dokumentami przedstawionymi przez ELPEX w ramach wyjaśnień, wartość prac, które podlegały ocenie, to 412.000 brutto, zatem przekracza kwotę wskazaną w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym Zamawiający uznał, że nie potwierdziło się stanowisko Odwołującego.

Jego zdaniem różnica pomiędzy kwotami podanymi przez inwestora a podanymi przez ELPEX oraz spółkę Dorbud S.A. wynika z sytuacji istniejącej na rynku, tj. że wykonawcy składając oferty nie muszą znać podwykonawców. Potwierdza to fakt, że umowa pomiędzy Dorbud S.A. a ELPEX została zawarta 25 lutego 2016 r., czyli po zawarciu umowy pomiędzy miastem stołecznym Warszawą, a spółką Dorbud. Natomiast zamawiający nie akceptują umów podwykonawczych na wartości wyższe niż umowy z wykonawcami ze względu na solidarną odpowiedzialność za zapłatę temu podwykonawcy wynagrodzenia – tak robi Zamawiający. W związku z powyższym kwoty płacone podwykonawcy mogą być wyższe niż kwoty akceptowane przez zamawiającego i znane zamawiającemu. Zamawiających nie interesuje, jaką kwotę wykonawca zapłaci podwykonawcom. Dokumenty przedstawione przez ELPEX w ramach wyjaśnień są dokumentami pomiędzy dwoma przedsiębiorcami, którzy nie muszą ujawniać swoich danych. Są to dokumenty dodatkowe, niekonieczne do prawidłowego przeprowadzenia postępowania, dlatego Zamawiający uznał, że zachowa je jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

III Ustalenia Izby

Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania oraz nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła również, że stan faktyczny sprawy (w szczególności przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treść oferty Odwołującego) nie jest sporny pomiędzy Stronami.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba stwierdziła, co następuje.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności: (...) 5) organizacja,

kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.

Przedmiotem zarzutu nie jest jednak fakt, że Zamawiający nie zastosował ustalonych przez siebie kryteriów oceny ofert, czy też, że przewidziane kryterium organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia (doświadczenia kierownika robót) jest nieprawidłowe, lecz fakt nieprawidłowego przyznania punktów w tym kryterium ze względu na nieprawidłowe ustalenie wartości wykonanych prac.

Jak wynika z treści rozdziału XV specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający ustanowił trzy kryteria oceny ofert: cena 60%, doświadczenie kierownika robót 30% oraz okres gwarancji jakości 10%.

W ramach kryterium „doświadczenie kierownika robót” Zamawiający miał przyznać punkty na podstawie informacji podanych przez wykonawcę w formularzu „Doświadczenie kierownika robót” (załącznik nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia) za doświadczenie w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert polegające na pełnieniu funkcji kierownika robót (lub kierownika budowy) przy realizacji robót (usług) branży elektroenergetycznej o wartości powyżej 400.000,00 PLN brutto każda, polegających na budowie lub przebudowie sieci oświetlenia ulicznego lub sieci elektroenergetycznych SN (lub NN), lub na utrzymaniu lub konserwacji sieci oświetlenia ulicznego osoby zadeklarowanej do realizacji zadań na stanowisku kierownika robót za co najmniej: 1 zadanie – 0 pkt, 2 zadania – 10 pkt, 3 zadania – 20 pkt, 4 i więcej zadań – 30 pkt.

Spośród czterech zadań podanych przez wykonawcę S.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „ELPEX” S.G. w formularzu „Doświadczenie kierownika robót”, przedmiotem sporu w niniejszej sprawie jest wartość robót odpowiadających zakresem wymaganiom Zamawiającego, wykonanych w ramach realizacji „budowy Domu Kultury w Warszawie przy ul. Kajakowej” („budowa Domu Kultury pełniącego funkcję Domu Tradycji Ursynowa przy ul. Kajakowej w Warszawie”).

Jak wynikało ze stanowisk Stron oraz dokumentów znajdujących się w aktach prowadzonego postępowania przetargowego oraz jak zostało ustalone podczas rozprawy – w przedmiotowym stanie faktycznym dla robót polegających na budowie lub przebudowie sieci oświetlenia ulicznego lub sieci elektroenergetycznych SN (lub NN) lub na utrzymaniu lub konserwacji sieci oświetlenia ulicznego, a stanowiących jedynie część prac wykonywanych przez ELPEX w ramach umowy podwykonawczej zawartej ze spółką Dorbud S.A., istniały dwie wartości prac: jedna wynikająca z oficjalnej umowy podwykonawczej nr

50/2016 z 25 lutego 2016 r., przedstawionej inwestorowi oraz druga wynikająca z wewnętrznych porozumień pomiędzy ELPEX a Dorbud S.A.

Według wskazanych przez Strony obliczeń, opartych na informacjach udzielonych odpowiednio przez ELPEX, Dorbud S.A. oraz Urząd Miasta Stołecznego Warszawy, w pierwszym przypadku dla prac polegających na zasilaniu i przebudowie oświetlenia ulicznego wskazano wartość 172.200,00 brutto, a dla przebudowy kabli energetycznych SN i NN wartość 239.850,00 zł brutto, łącznie 412.050,00 zł brutto. Natomiast z oficjalnej umowy przedstawionej inwestorowi wynikała wartość 44.280 zł brutto za prace polegające na przebudowie i zasilaniu oświetlenia ulicznego oraz 105.780,00 zł brutto za prace w zakresie przebudowy kabli energetycznych SN i NN, tj. łącznie 150.060,00 zł brutto.

W pierwszym wypadku prace odpowiadały więc wymogowi Zamawiającego, w drugim zaś nie.

Kwestią, którą musiała rozstrzygnąć Izba w pierwszej kolejności było, którą wartość powinien wziąć pod uwagę Zamawiający przyznając ofercie punkty w ramach przedmiotowego kryterium.

W ocenie Izby nie ma wątpliwości, że podstawą oceny oferty powinny być wartości podane w umowie „oficjalnej”, przedstawionej do akceptacji inwestorowi – miastu stołecznemu Warszawie (Dzielnicy Ursynów), według której inwestor rozliczał się z wykonawcą Dorbud S.A. oraz bezpośrednio z podwykonawcą ELPEX, tj. umowie nr 50/2016 z 25 lutego 2016 r. Obowiązek zawarcia takiej umowy i przedstawienia jej inwestorowi wynika z art. 647¹ Kodeksu cywilnego i jest związany z solidarną odpowiedzialnością inwestora za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy. Wykonawca ELPEX podpisał taką umowę, wiedział o jej przedstawieniu inwestorowi, a także akceptował rozliczenia inwestora według niej, częściowo również rozliczał się bezpośrednio z inwestorem.

Stan faktyczny, w którym pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą istnieją dwie różne umowy z dwiema odmiennymi kwotami za poszczególne prace, czy też, dokładniej, poza umową przedstawioną do akceptacji inwestorowi w trybie art. 647¹ § 2 Kodeksu cywilnego, istnieje inna umowa, jest niedopuszczalny i w ogóle nie powinien mieć miejsca. Stosunki wzajemne pomiędzy inwestorem, generalnym wykonawcą i podwykonawcą w tej sprawie pozostają jednak poza przedmiotem rozstrzygnięcia Izby w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Izba przyjmuje więc jedynie jako fakt zastany, że takie dwie umowy istniały.

Skoro więc już fakt zawarcia takiej „wewnętrznej” umowy pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą zaistniał, to, zdaniem Izby, na gruncie wykazywania spełniania warunków (wymogów) postawionych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, kwoty wewnętrznych rozliczeń pomiędzy Dorbud S.A. a ELPEX również pozostają wewnętrzną

sprawą obu podmiotów, nie mającą wpływu na stosunki zewnętrzne tych podmiotów, w tym m.in. na wycenę poszczególnych prac w stosunku do podmiotów zewnętrznych.

Przeciwko przyjęciu odmiennej interpretacji przemawia także to, że w zamówieniach publicznych do badania spełniania warunków i wymogów stawianych przez zamawiających używa się wartości nominalnych robót, tj. wartości wynikających z zawartych umów, a nie każdorazowego jej ustalania np. przez rzeczoznawców. Nie można więc dopuścić do sytuacji, w której dane roboty będą posiadały dwie odmienne wartości – oficjalną i nieoficjalną.

W związku z powyższym Izba uznała, że Zamawiający powinien skorygować dokonaną ocenę oferty wykonawcy ELPEX w kryterium „doświadczenie kierownika robót” i dokonać oceny punktowej oferty dla zadania „budowa Domu Kultury w Warszawie przy ul. Kajakowej” posługując się kwotami podanymi w umowie nr 50/2016 z 25 lutego 2016 r.

Izba nie uznała jednak, że stan faktyczny przedmiotowej sprawy wypełnia przesłanki wykluczenia wykonawcy opisane w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z przepisu tego wynika, że z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zdaniem Izby nie ma wątpliwości, że informacje stanowiące podstawę przyznania danej ofercie punktów w ramach kryteriów oceny ofert mają, a przynajmniej mogą mieć, istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. na wybór oferty najkorzystniejszej i ustalenie rankingu ofert, a sporna wartość prac miała istotne znaczenie dla ustalenia, czy postawiony wymóg został spełniony.

Jak Izba wskazała powyżej, jej zdaniem wątpliwości nie budzi również to, że przy ocenie oferty Zamawiający powinien brać pod uwagę wartość prac wskazaną w oficjalnej umowie podwykonawczej przedstawionej inwestorowi w trybie art. 647¹ Kodeksu cywilnego, a uznanie przez niego kwot umowy „nieoficjalnej” jest błędne.

Jednak Izba nie stwierdziła w niniejszej sprawie wystąpienia przesłanki przedstawienia informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa. Przypisanie bowiem w tym wypadku wykonawcy ELPEX lekkomyślności lub niedbalstwa, czyli odstąpienia od wymaganego wzoru zachowania, w ocenie Izby, nastąpiłoby w sytuacji, w której na rynku zamówień publicznych – wśród wykonawców i zamawiających, w orzecznictwie, piśmiennictwie – istniałoby znane wskazanie wzoru zachowania w tej sytuacji, czyli ustalenie, że wykonawca nie może podać informacji

sprzecznych z oficjalnie zawartą umową, nawet jeśli dokonana przez niego i zaakceptowana przez generalnego wykonawcę wycena prac była inna. Takim pierwszym wzorem jest na przykład niniejsze orzeczenie.

Poza tym, w momencie w którym nie ustalono, że dane podane przez Dorbud S.A. i ELPEX zostały sfalszowane, nie są to dane *stricte* nieprawdziwe, gdyż podmioty te tymi danymi się posługiwały – jedynie nie mogą być one wykorzystane w stosunku do Zamawiającego.

W związku z powyższym Izba uznała, że w niniejszym wypadku „sankcją” adekwatną do zaistniałej sytuacji będzie korekta punktacji oferty, a nie wykluczenie wykonawcy.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera formalne wymogi dotyczące zastrzegania informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie z jego dyspozycją 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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2018 r., poz. 419) jako 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.

Art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wymaga więc, żeby wykonawca dane informacje w momencie ich składania zastrzegł oraz wykazał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Przy czym powszechnie przyjmuje się, że informacje te mogą dotyczyć nie

tylko ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, o których mowa wprost w przepisie, ale także innych dokumentów, np. wyjaśnień.

Według słownika języka polskiego PWN zawartego na www.sjp.pwn.pl „wykazywać” to: „1. uzewnętrznić coś, 2. ujawnić istnienie czegoś, 3. przedstawić coś w sposób przekonujący”, a „wykazać się, wykazywać się” to „1. udowodnić, że ma się określone kwalifikacje, umiejętności, cechy charakteru, 2. okazać dokumenty potwierdzające coś”.

Po stronie wykonawcy musi więc zaistnieć element „wykazania” faktu, że dane informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, czyli przekonującego, merytorycznego uzasadnienia, a nawet udowodnienia.

W badanym przypadku wykonawca ELPEX, zastrzegając złożone przez siebie wyjaśnienia z 5 czerwca 2018 r., dotyczące wartości prac dotyczących „budowy Domu Kultury przy ul. Kajakowej w Warszawie”, w ogóle nie przedstawił jakiegokolwiek uzasadnienia merytorycznego zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Trudno bowiem za takie uważać około czterech (!) wersów zawartych w tekście przesłanego Zamawiającemu pisma – był to jedyny fragment tekstu, który Izba zidentyfikowała jako uzasadnienie.

Wobec powyższego już z samych przyczyn formalnych dane informacje podlegają ogólnej zasadzie jawności postępowania.

Dodatkowo informacje te również ze względów merytorycznych nie spełniają przesłanek określających dane informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Przede wszystkim nie mają żadnej wartości gospodarczej, technicznej, technologicznej, organizacyjnej, handlowej, jak też żadnej innej, stanowią jedynie dane o charakterze historycznym wskazujące na ceny kosztorysowe, jakie zostały zaoferowane w przeszłości do danego zakresu prac, danych materiałów oraz poziomu wyceny robocizny. Nie mają one zastosowania w żadnej innej sytuacji poza konkretną dokumentacją projektową, a same stawki robocizny czy ceny materiałów obecnie również są nieaktualne.

Również Zamawiający podczas rozprawy nie przedstawił przekonującego stanowiska uzasadniającego zastrzeżenie kwestionowanych dokumentów.

Wobec powyższego Izba uznała, że Zamawiający nie miał podstaw, by odstąpić od zasady jawności postępowania i odmówić Odwołującemu dostępu do przedmiotowych wyjaśnień.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący:

.....

.....