

WYROK

z dnia 9 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Aneta Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 listopada 2021 r. przez wykonawcę **Lireco Tech Sp. z o.o., ul. Grochowa 10, 81-017 Gdynia** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Bydgoszcz reprezentowane przez Bydgoskie Obiekty Sportowe Sp. z o.o., ul. Jezuicka 1, 85-102 Bydgoszcz**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **S. G. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Waterworld S. G., ul. Grenady 9/38, 01-154 Warszawa (lider konsorcjum)** i **Waterworld M.G. Spółka komandytowa, ul. Grenady 9/38, 01-154 Warszawa (członek konsorcjum)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Lireco Tech Sp. z o.o., ul. Grochowa 10, 81-017 Gdynia** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Lireco Tech Sp. z o.o., ul. Grochowa 10, 81-017 Gdynia** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Miasto Bydgoszcz reprezentowane przez Bydgoskie Obiekty Sportowe Sp. z o.o., zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2019 r., poz.2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Obsługę techniczną Centrum Rekreacji Astoria położonego w Bydgoszczy przy ul. Królowej Jadwigi 23.”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 września 2021 r., nr 2021/S 184-478867.

W dniu 15 listopada 2021 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Lireco Tech Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego oraz zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, polegających na:

- 1) uznaniu za skuteczne zastrzeżenie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji znajdujących się w uzupełnionym przez Wykonawcę Konsorcjum Waterworld S. G. oraz Waterworld M. G. Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Konsorcjum”, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, wykazie wykonanych usług (w zakresie pozycji 2) i w konsekwencji zaniechaniu udostępnienia Odwołującemu informacji znajdujących się w ww. dokumentach oraz dowodów potwierdzających należyte wykonanie usługi;
- 2) uznaniu za skuteczne zastrzeżenie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień składanych przez Konsorcjum, na wezwanie Zamawiającego w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych i w konsekwencji zaniechaniu udostępnienia Odwołującemu informacji znajdujących się w ww. wyjaśnieniach;
- 3) przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców co przejawiało się poprzez nie udostępnienie Odwołującemu pełnego wykazu usług wraz z referencjami a także wyjaśnień składanych w zakresie rażąco niskiej ceny, co tym samym uniemożliwiło Odwołującemu skuteczną weryfikację oferty złożonej przez Wykonawcę wybranego jako najkorzystniejszy w przedmiotowym postępowaniu;

zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 18 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 74 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj.: Dz. U. z 2020 r., poz. 1913 z późn.zm., zwaną dalej „ustawą o znk”) w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o znk w zw. z art. 11 ust. 1 ustawy o znk w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 17 Pzp poprzez błędną ocenę i błędne uznanie skuteczności zastrzeżenia przez Wykonawcę jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w dokumentach:

- a) Wykazie wykonanych usług,
- b) Dowodach potwierdzających że usługa wskazana w poz. 2 wykazu wykonanych usług, została wykonana należycie,
- c) wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny;

oraz przyjęciu, że ww. dokumenty podlegają utajnieniu, w konsekwencji zaniechaniu udostępnienia Odwołującemu informacji znajdujących się w ww. dokumentach mimo, iż: (1) Wykonawca nie wykazał, że zastrzegane przez niego informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności nie dokonał skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wobec nie wykazania przesłanek opisanych w art. 11 ustawy o znk, m.in. że są to informacje techniczne, organizacyjne, przedstawiają wartość gospodarczą, nie wykazał skuteczności podjętych działań uzasadnionych w danych okolicznościach zmierzających do zachowania ich w poufności oraz (2) uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa jest ogólne, sztamkowe i nie odnosi się w ogóle do specyfiki zastrzeganych informacji, co w konsekwencji doprowadziło do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców co przejawiało się poprzez utajnienie informacji i dokumentów, które nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na ocenie ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum oraz uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji znajdujących się w uzupełnionym wykazie usług (poz. 2), dowodach potwierdzających należyte wykonanie usługi w zakresie zastrzeżonej poz. 2, oraz wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu i nakazanie udostępnienia Odwołującemu powyższych dokumentów i informacji, a także obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa prawnego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., że Konsorcjum zastrzegło treść wykazu usług, w zakresie poz. 2 oraz treść dowodów potwierdzających, że usługa wskazana w poz. 2 niniejszego wykazu została wykonana należycie oraz treść wyjaśnień i dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu. Tymczasem zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień (art. 18 ust. 1 ustawy Pzp) i może doznać ograniczenia tylko w przypadkach przewidzianych w ustawie (art. 18 ust. 2 ustawy Pzp). Za jeden z takich przypadków ustawodawca uznał zastrzeżenie przez wykonawcę określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa (art. 18 ust. 3 ustawy Pzp). Zastrzeżenie każdej informacji winno być precyzyjnie uzasadnione.

Usługa polegająca na obsłudze technicznej Centrum Rekreacji Astoria położonego w Bydgoszczy przy ul. Królowej Jadwigi 23, w uogólnieniu, polega na zapewnieniu przez Wykonawcę pracowników do obsługi technicznej centrum rekreacyjnego w ilości i czasie określonym przez Zamawiającego. Realizujący usługę pracownicy mają wykonywać ściśle określone w OPZ czynności przy użyciu również ściśle określonych przez Zamawiającego narzędzi i urządzeń. Największy koszt realizacji usługi opiera się na kosztach związanych z zatrudnieniem pracowników. Zamawiający wymaga realizacji umowy przez osoby zatrudnione w oparciu o umowę o pracę zatem oczywistym jest, że zatrudnienie musi nastąpić w oparciu o aktualne przepisy, które są powszechnie znane każdemu przedsiębiorcy. Nawet jeśli Wykonawca korzysta z dofinansowań do wynagrodzeń, agencji pracy lub stażystów to informacje te mają charakter ogólny i dostępny szerszej grupie Wykonawców i nie stanowią wartości unikalnej. Sposób organizacji pracy określił sam Zamawiający zatem trudno spodziewać się, że Wykonawca dokonał „rewolucji” i wbrew zaleceniom Zamawiającego ograniczył czas świadczenia usług - w przeciwnym razie jego oferta byłaby niezgodna z treścią SWZ. Zatem łączna minimalna ilość etatów jest łatwa do obliczenia i powszechnie znana Wykonawcom zainteresowanym postępowaniem. Trudno mówić tu o unikalnym w mniemaniu Konsorcjum sposobie organizacji przedsiębiorstwa, przyjętej metodologii działania i doboru specjalistów skierowanych do realizacji umowy w świetle tego, że był on zobowiązany złożyć na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykazu osób skierowanych do realizacji umowy z uwzględnieniem ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia oraz podstawy dysponowania. Wybrany Wykonawca nie zastrzegł tych informacji zatem w sprzeczności stoi argumentacja o poufnym charakterze potencjału firmy. W wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny Konsorcjum nie wskazało wynagrodzenia pracowników na poziomie najniższej krajowej co samo z siebie nie stanowi tajemnicy ponieważ jest to powszechnie dostępna wiedza, to średnie wynagrodzenia w tej branży są dostępne i możliwe do uzyskania przez szersze grono zainteresowanych chociażby na portalach branżowych czy kadrowych lub kalkulatorach wynagrodzeń.

Zastrzeżenie wykazu usług jako tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi również naruszenie zasady jawności postępowania i powinno być przez Zamawiającego przeanalizowane wnikliwie. Konsorcjum obawia się, że w wyniku uzyskania dostępu do informacji o zrealizowanej usłudze konkurencja podejmie próbę przejęcia kontrahenta jednak w treści zastrzeżenia sam przyznaje, że krąg podmiotów wyrażających zapotrzebowanie na tego typu usługi jest dostępny dla innych wykonawców przy wykazaniu zaangażowania w ich poszukiwanie. Jednocześnie Konsorcjum, wskazując na poufny charakter informacji zawartych w wykazie usług lub referencjach, nie uprawdopodobniła wymiernych strat związanych z pozyskaniem tych informacji przez innych Wykonawców. Swoboda

kształtowania umów umożliwia zawieranie w treściach postanowień umownych klauzuli poufności zobowiązujących obie strony do nieudzielania informacji o szczegółach kontraktu. W tym wypadku wybrany Wykonawca nie powołuje się na takie zapisy a otrzymanie referencji jest swoistym wyrazem braku takich zastrzeżeń przynajmniej ze strony Usługodawcy. Ponadto wystawienie referencji niezależnie od publicznego lub niepublicznego charakteru podmiotu wystawiającego jest wyrazem aprobaty zrealizowanej usługi i każdy Zamawiający (Usługodawca) liczy się z ujawnieniem takiego dokumentu. Nadto dodał, że Konsorcjum na swojej stronie internetowej udostępnia referencje z prac realizowanych dla podmiotów niepublicznych i w tym przypadku nie „widzi” zagrożenia jego konkurencyjnej pozycji na rynku. Podsumowując zastrzeżenie wykazu usług oraz referencji na potwierdzenie należytego wykonania usługi objętej tajemnicą przedsiębiorstwa nie ma na celu ochrony interesów Wykonawcy lecz ograniczenie konkurencji a w konsekwencji być może uniemożliwienie uczestnikom postępowania skutecznego korzystania ze środków ochrony prawnej.

W dniu 26 listopada 2021 r. Zamawiający kopię otrzymanego odwołania przekazał wykonawcom za pośrednictwem platformy zakupowej.

W dniu 26 listopada 2021 r. (pismem z tej samej daty) Konsorcjum zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 1 grudnia 2021 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia Konsorcjum do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w pismach oraz złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania uznając, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 18 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 74 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 1 ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 17 Pzp nie potwierdził się.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 4 listopada 2021 r. Konsorcjum, w związku z wezwaniem z dnia 29 listopada 2021 r., złożyło wyjaśnienia dotyczące sposobu wyliczenia ceny oferty, zastrzegając treść niektórych informacji i poszczególnych załączników do przedmiotowego pisma jako zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 9 listopada 2021 r. do złożenia dokumentów i wyjaśnień, dotyczących usługi wskazanej w pozycji 1 wykazu usług „z ostrożności”, przekazało w załączeniu informacje (w ramach wykazu usług) oraz referencje dotyczące realizacji innej - drugiej usługi, wskazując przy tym, że niektóre treści wskazanych dokumentów stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, uzasadnienie dla której załączyło do złożonego pisma. Wykonawca zastrzegł usługę, jak również referencje dotyczące tej usługi (usługi wskazanej w pozycji nr 2 wykazu usług) jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Jedną z podstawowych zasad przewidzianych w ustawie prawo zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania. Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w

przypadkach określonych ustawą. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których, przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tak więc, aby dana informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą być łącznie spełnione trzy przesłanki, tj.: dana informacja musi mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, dana informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej, przedsiębiorca powołujący się na tajemnicę przedsiębiorstwa musiał podjąć w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Przepis ten nakłada więc na wykonawcę obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji powyższego rolą zamawiającego w toku badania zasadności zastrzeżenia jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią faktycznie tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przekładając powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy Izba przede wszystkim dokonała analizy uzasadnienia zastrzeżenia poz. 2 wykazu usług, a także uzasadnienia zastrzeżenia części wyjaśnień Konsorcjum w przedmiocie ceny rażąco niskiej.

W odniesieniu do wykazu usług Konsorcjum wskazało, że usługa ta nie została zrealizowana jako zamówienie publiczne. Umowa została bowiem zawarta z podmiotem prywatnym. Tymczasem umowy świadczone na rzecz podmiotów prywatnych, jak słusznie podniósł Zamawiający, nie mają przymiotu jawności a obowiązujące przepisy prawa nie zobowiązują stron tego stosunku prawnego do ujawnienia informacji dotyczących zawarcia i realizacji tak zawartych umów. Tak więc już ta okoliczność wyłącza możliwość jej ujawnienia. Informacja ta jest, jak podnosiło Konsorcjum, informacją handlową posiadającą określoną wartość gospodarczą, gdyż pozwala na prześledzenie jego aktywności gospodarczej w określonym profilu działalności i w określonym ujęciu czasowym a ich rozpowszechnienie może zagrażać jego konkurencyjnej pozycji w danym segmencie rynku. Informacje te nie zostały nigdzie wcześniej publicznie ujawnione i nie jest możliwe ich uzyskanie nie tylko, że za pośrednictwem Internetu, ale też w żaden inny sposób. Dostęp do nich, jak wyjaśniło Konsorcjum, ma wyłącznie niezbędne grono osób, które jest także zobowiązane do podpisania umowy o zachowaniu poufności. Konsorcjum wskazało także szereg działań jakie podjęło w celu zachowania w tajemnicy podlegających zastrzeżeniu informacji, wymieniając ich aż 18 oraz podkreślając, że z każdym pracownikiem i osobami

współpracującymi na podstawie innej, niż stosunek pracy zawierana jest umowa zobowiązująca do zachowania tajemnicy służbowej.

Tym samym stwierdzić należy, że wykaz usług w zakresie pozycji 2 a tym samym i referencje potwierdzające należyte jej wykonanie zostały skutecznie zastrzeżone.

Za nieuzasadniony Izba uznała także zarzut dotyczący niezasadnego zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w części wyjaśnień Konsorcjum składanych w zakresie rażąco niskiej ceny.

W dniu 4 listopada 2021 r. Konsorcjum złożyło bowiem wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu wyliczenia ceny oferty. W ich treści (treści jawnych wyjaśnień złożonych w zakresie rażąco niskiej ceny) zawarte zostało uzasadnienie zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżone przez wykonawcę informacje obejmowały szczegółowe kalkulacje ceny odnoszące się do wyspecyfikowanych w wyjaśnieniach elementów, tj. personelu oraz wysokości ich potencjalnych wynagrodzeń i kosztów z tym związanych oraz kalkulacji zysku itp. Analiza uzasadnienia zastrzeżenia w zestawieniu z zastrzeżonymi informacjami potwierdza skuteczność ich zastrzeżenia. Konsorcjum wykazało, co jest niewątpliwe, że informacje pokazujące sposób budowania ceny oferty spełniają przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż mają nie tylko, że charakter gospodarczo-handlowy oraz organizacyjny przedsiębiorstwa, ale zawierają szczegółowe informacje na temat stosowanej polityki cenowej a wiedza o zastrzeżonych zagadnieniach może mieć negatywny wpływ na jego pozycję rynkową. Szczegółowo wykazało jakie działania zostały przez niego podjęte w celu zachowania tych informacji w tajemnicy od zawierania umów z pracownikami, w których zostali oni zobowiązani do zachowania poufności tych informacji po szereg innych wyspecyfikowanych działań (18). Z powyższego więc wynika, że udostępnienie tych danych konkurującym wykonawcom umożliwiłoby poznanie szczegółowych, przy czym jedynie kilku elementów kalkulacji ceny dotyczących ściśle określonych kwestii, w konsekwencji doprowadziłoby do ich nieuprawnionego ich ujawnienia.

Tym samym Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący:

