

Warszawa, dnia 22 marca 2021r.

Do

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

Krajowa Izba Odwoławcza

ul. Postępu 17A

02-676 Warszawa

Odwołujący:

Konsorcjum w składzie:

- 1) VAS Energy Systems International GmbH zarejestrowana w Sądzie Okręgowym w Salzburgu **pod numerem 385787**, z siedzibą w Wals-Siezenheim
ul. Lagerhausstrasse 6, 5071 Wals-Siezenheim, Austria
- 2) ERBUD S.A. wpisana do rejestru przedsiębiorców KRS prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie **pod numerem KRS 0000268667**, NIP 8790172253, z siedzibą w Warszawie
ul. Klimczaka 1, 02-797 Warszawa
- 3) ERBUD Industry Sp. z o.o. wpisana do rejestru przedsiębiorców KRS prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie **pod numerem KRS 0000042078**, NIP 8792294552, z siedzibą w Warszawie
ul. Klimczaka 1, 02-797 Warszawa

tel.: +48 22 161 53 00

email: mirosław.bialik@erbud.pl

reprezentowane przez:

pełnomocnika będącego pracownikiem ERBUD Industry Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie: **Mirosława Bialika**

ul. Klimczaka 1
02-797 Warszawa
tel.: +48 669 603 278
email: mirosław.bialik@erbud.pl

Zamawiający:

Zakład Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. z siedzibą
w Starachowicach
ul. Na Szlakowisku 8, 27-200 Starachowice
tel.: +48 41 274 80 53
email: sekretariat@zecstar.pl

Przedmiot zamówienia:

Wykonanie inwestycji pn. Instalacja odzysku
energii (IOE) w Starachowicach, numer
referencyjny: ZEC/5/12/2020

Rodzaj zamówienia:

Roboty budowlane

**Numer ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym
Unii Europejskiej:**

2020/S 243-602785

**Wskazanie czynności lub zaniechania
czynności zamawiającego, której zarzuca się
niezgodność z przepisami ustawy:**

Uznanie przez Zamawiającego jako skutecznie
zastrzeżoną jako tajemnica przedsiębiorstwa
część treści oferty złożonej przez CONTROL
PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie i odmowy
jej udostępnienia

Wartość szacunkowa zamówienia:

Ustalona powyżej kwot określonych w przepisach
wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z

dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (tj. Dz U 2019 r. poz. 1843), zwanej w dalszej części „**pzp**” – przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. – *Prawo zamówień publicznych*, zwanej dalej „**ustawą**”

Wysokość wpisu od odwołania:

20.000,00 zł – stosownie do § 2ust. 2 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020r. *w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania*

ODWOŁANIE

Działając w imieniu konsorcjum w składzie:

- 1) VAS Energy Systems International GmbH z siedzibą w Wals-Siezenheim (Austria)
- 2) ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie
- 3) ERBUD Industry Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

dalej „**Konsorcjum**”, jako ustanowiony pełnomocnik, odpisy pełnomocnictw wraz z dowodami uiszczenia opłat skarbowych w załączeniu, na podstawie art. 513 pkt 1), 514, 515 ust. 1 pkt 1) lit a) oraz 516 ustawy wnoszą odwołanie od czynności podjętej przez Zakład Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. z siedzibą w Starachowicach, dalej „**Zamawiający**”, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Wykonanie inwestycji pn. Instalacja odzysku energii (IOE) w Starachowicach, numer referencyjny: ZEC/5/12/2020*”, dalej „**Postępowanie**”, polegającej na uznaniu przez Zamawiającego jako skutecznie zastrzeżoną jako tajemnica przedsiębiorstwa część treści oferty złożonej przez CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie w Postępowaniu i odmowy jej udostępnienia Konsorcjum, tj. nieudostępnieniu Konsorcjum następujących dokumentów złożonych przez CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie wraz z ofertą:

- 1) **JEDZ Wykonawcy część tajna;**
- 2) **JEDZ Podmiotu trzeciego I;**

- 3) Zobowiązanie podmiotu trzeciego I;
- 4) JEDZ Podmiotu trzeciego II;
- 5) Zobowiązanie podmiotu trzeciego II;
- 6) JEDZ Podmiotu trzeciego III;
- 7) Zobowiązanie podmiotu trzeciego III;
- 8) Dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie nie podlegania wykluczeniu z postępowania Wykonawcy;
- 9) Dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie nie podlegania wykluczeniu z postępowania Podmiotu trzeciego I;
- 10) Dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie nie podlegania wykluczeniu z postępowania Podmiotu trzeciego II;
- 11) Dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie nie podlegania wykluczeniu z postępowania Podmiotu trzeciego III;
- 12) Wykaz wykonanych robót budowlanych – wg. załącznika nr 4 do SIWZ;
- 13) Dowody określające, że wskazane roboty budowlane zostały wykonane należycie;
- 14) Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia – wg. załącznika nr 5 do SIWZ;
- 15) Dowody dysponowania osobami oraz potwierdzające ich doświadczenie;
- 16) Zestawienie wartości gwarantowanych - wg. załącznika nr 8 do SIWZ;
- 17) Wykaz części zamówienia powierzonych podwykonawcom – załącznik nr 9 do SIWZ;

wszystkie ww. dokumenty zwane dalej łącznie „**Nieudostępnione Dokumenty**”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 grudnia 2020r. pod numerem **2020/S 243-602785**.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (tj. Dz U 2019 r. poz. 1843), zwanej w dalszej części „**pzp**”, w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. *o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, dalej „**uznk**”, w związku z art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz art. 8 ust. 1 i 2 pzp, polegające na nieprzekazaniu Konsorcjum Nieudostępniionych Dokumentów i wadliwym uznaniu, że Nieudostępnione

Dokumenty zostały skutecznie zastrzeżone przez CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie jako tajemnica przedsiębiorstwa, a co za tym idzie, błędnym uznaniu, że Nieudostępnione dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia naczelnej zasady prawa zamówień publicznych, tj. zasady jawności postępowania, czym Zamawiający w znacznym stopniu ogranicza realną możliwość skorzystania przez Konsorcjum z przysługujących mu na mocy ustawy środków ochrony prawnej.

Wskazując na powyższe zarzuty wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu udostępnienia informacji zawartych w następujących dokumentach złożonych przez CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie wraz z ofertą w Postępowaniu:

- 1) **JEDZ Wykonawcy część tajna;**
- 2) **JEDZ Podmiotu trzeciego I;**
- 3) **Zobowiązanie podmiotu trzeciego I;**
- 4) **JEDZ Podmiotu trzeciego II;**
- 5) **Zobowiązanie podmiotu trzeciego II;**
- 6) **JEDZ Podmiotu trzeciego III;**
- 7) **Zobowiązanie podmiotu trzeciego III;**
- 8) **Dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie nie podlegania wykluczeniu z postępowania Wykonawcy;**
- 9) **Dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie nie podlegania wykluczeniu z postępowania Podmiotu trzeciego I;**
- 10) **Dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie nie podlegania wykluczeniu z postępowania Podmiotu trzeciego II;**
- 11) **Dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie nie podlegania wykluczeniu z postępowania Podmiotu trzeciego III;**
- 12) **Wykaz wykonanych robót budowlanych – wg. załącznika nr 4 do SIWZ;**
- 13) **Dowody określające, że wskazane roboty budowlane zostały wykonane należycie;**
- 14) **Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia – wg. załącznika nr 5 do SIWZ;**
- 15) **Dowody dysponowania osobami oraz potwierdzające ich doświadczenie;**

16) Zestawienie wartości gwarantowanych - wg. załącznika nr 8 do SIWZ;

17) Wykaz części zamówienia powierzonych podwykonawcom – załącznik nr 9 do SIWZ.

Wnoszę o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Termin do wniesienia odwołania został zachowany, bowiem odwołanie zostało wniesione w terminie 10 dni od daty otrzymania przez Konsorcjum od Zamawiającego wiadomości email z 11 marca 2021r. Zamawiającego o udostępnieniu części jawnych oferty CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie złożonej w Postępowaniu, z uwzględnieniem postanowień art. 509 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym *„Jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy”*.

Kopia odwołania została zgodnie z dyspozycją art. 514 ust. 2 ustawy przesłana Zamawiającemu, na dowód czego składam potwierdzenie jej przesłania drogą elektroniczną.

Uzasadnienie:

Wstęp

Wnioskiem z 8 marca 2021r., po upływie terminu na składanie ofert w Postępowaniu, Konsorcjum wystąpiło do Zamawiającego o udostępnienie wszystkich ofert wykonawców, które zostały złożone do Zamawiającego w ramach Postępowania.

Wiadomością email z 11 marca 2021r. Zamawiający poinformował Konsorcjum o udostępnieniu części jawnych ofert innych wykonawców złożonych w Postępowaniu. Jako że oprócz Konsorcjum w Postępowaniu ofertę złożyła CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie Zamawiający przekazał Konsorcjum jedynie dokumenty uznane przez Zamawiającego jako jawne złożone przez CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie. Wraz z ww. dokumentami Zamawiający przekazał Konsorcjum „Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa” sporządzone przez CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie w dniu 8 marca 2021r., w którym to dokumencie CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie zastrzegła jako tajemnicę przedsiębiorstwa m.in. następujące dokumenty:

- 1) JEDZ Wykonawcy część tajna;
- 2) JEDZ Podmiotu trzeciego I;
- 3) Zobowiązanie podmiotu trzeciego I;
- 4) JEDZ Podmiotu trzeciego II;
- 5) Zobowiązanie podmiotu trzeciego II;
- 6) JEDZ Podmiotu trzeciego III;
- 7) Zobowiązanie podmiotu trzeciego III;
- 8) Dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie nie podlegania wykluczeniu z postępowania Wykonawcy;
- 9) Dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie nie podlegania wykluczeniu z postępowania Podmiotu trzeciego I;
- 10) Dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie nie podlegania wykluczeniu z postępowania Podmiotu trzeciego II;
- 11) Dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie nie podlegania wykluczeniu z postępowania Podmiotu trzeciego III;
- 12) Wykaz wykonanych robót budowlanych – wg. załącznika nr 4 do SIWZ;
- 13) Dowody określające, że wskazane roboty budowlane zostały wykonane należycie;
- 14) Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia – wg. załącznika nr 5 do SIWZ;
- 15) Dowody dysponowania osobami oraz potwierdzające ich doświadczenie;
- 16) Zestawienie wartości gwarantowanych - wg. załącznika nr 8 do SIWZ;
- 17) Wykaz części zamówienia powierzonych podwykonawcom – załącznik nr 9 do SIWZ;

zwane dalej łącznie „Nieudostępniione Dokumenty”.

Zamawiający nie przekazał Konsorcjum w dniu 11 marca 2021r. żadnego z Nieudostępniionych Dokumentów wadliwie uznając, że Nieudostępniione Dokumenty jako skutecznie zastrzeżone przez CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wskazać jednak należy, że CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie nie dokonała skutecznego zastrzeżenia Nieudostępniionych Dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Oświadczenia co do poufnego charakteru Nieudostępniionych Dokumentów nie zostały poparte przez CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie żadnymi dowodami zaś, „W

art. 8 ust. 3 p.z.p. ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca "wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa". Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem "wykazał", co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie "oświadczenia", czy "deklarowania", ale stanowi znacznie silniejszy wymóg "udowodnienia". Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw "wykazać", czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k" (wyrok z 28 stycznia 2021, KIO 3483/20). Nadto, z uwagi na charakter, Nieudostępniione Dokumenty nie mogą zostać zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, o czym szerzej niżej.

1. Materialnoprawna dopuszczalność odwołania

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z ww. przepisem, środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Tym samym legitymacja czynna powiązana została z charakterem podmiotu (wykonawca, uczestnik konkursu lub inny podmiot) oraz jego sytuacją podmiotową w danym postępowaniu (ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę), a także czynnikiem przedmiotowym, jakim jest naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy. Innymi słowy legitymowany do skorzystania ze środków ochrony prawnej będzie wyłącznie taki podmiot, który będąc jednym z wymienionych w ust. 1 art. 505 ustawy podmiotów dozna lub będzie mógł doznać uszczerbku wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Wskazać należy, iż termin składania ofert upłynął w dniu 8 marca 2021r. Nie budzi zatem wątpliwości, że Konsorcjum jako podmiot, który skutecznie złożył ofertę w Postępowaniu, jest wykonawcą w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy, który ma interes w uzyskaniu zamówienia objętego Postępowaniem. Oferta złożona przez Konsorcjum jest ważna, a Konsorcjum nie podlega wykluczeniu z Postępowania.

Zaskarżona przez Konsorcjum czynność Zamawiającego naruszająca przepisy pzp i może skutkować poniesieniem szkody przez Konsorcjum. Nieprzekazanie przez Zamawiającego Nieudostępniionych Dokumentów prowadzi do naruszenia naczelnej zasady prawa zamówień publicznych, tj. zasady jawności postępowania, czym Zamawiający w znacznym stopniu ogranicza realną możliwość skorzystania przez Konsorcjum z przysługujących mu na mocy

ustawy środków ochrony prawnej, w przypadku wyboru oferty CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie jako najkorzystniejszej oferty złożonej w Postępowaniu. Wskazać bowiem należy, że różnica cenowa pomiędzy obiema ofertami jest niewielka (ok 1%). Konsorcjum może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów pzp, gdyż zaniechanie udostępnienia części oferty CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie może uniemożliwić Konsorcjum uzyskanie przedmiotowego zamówienia; Konsorcjum nie będzie mogło bowiem skutecznie skarżyć ewentualnych uchyleń Zamawiającego przy badaniu tej oferty. Nieudostępnione Dokumenty zawierają istotne dane na temat braku podstaw wykluczenia podwykonawców udostępniających zasoby CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie, jak również na temat spełnienia przez CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie warunków uczestnictwa w postępowaniu.

W świetle zaś aktualnego stanowiska wyrażonego przez UZP w odniesieniu do wykładni art. 179 ust. 1 p.z.p. po nowelizacji wprowadzonej ustawą z 22.06.2016 r. o zmianie ustawy – *Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw*, prawo do kwestionowania wyboru oferty najkorzystniejszej powinno być gwarantowane każdemu wykonawcy, gdyż jest podstawowym uprawnieniem do kontroli najważniejszej czynności zamawiającego podejmowanej w postępowaniu, wynikającym z regulacji dyrektyw odwoławczych. Taki wykonawca (kwestionujący czynność wyboru oferty najkorzystniejszej) będzie miał potencjalnie możliwość uzyskania zamówienia, jeżeli jego oferta będzie ważna i sam nie będzie podlegał wykluczeniu z postępowania, poprzez czynność ponownej oceny ofert.

2. Uzasadnienie zarzutu odwołania

2.1. Wstęp

W okolicznościach niniejszej sprawy doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (tj. Dz U 2019 r. poz. 1843), zwanej w dalszej części „**ppz**”, w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o *zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, dalej „**uznk**”, w związku z art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz art. 8 ust. 1 i 2 pzp.

Wskazać należy, że czynności Zamawiającego jest wynikiem wadliwego zastrzeżenia przez CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie Nieudostępnionych Dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Przede wszystkim, twierdzenia CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie o poufnym charakterze oznaczeń oraz dokumentów dotyczących podwykonawców udostępniających zasoby, których CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie zamierza zaangażować w realizację zadania polegającego na wykonaniu inwestycji pn. *Instalacja odzysku energii (IOE) w Starachowicach*, są gołosłowne i nie zostały poparte żadnymi dowodami. „*W kontekście obowiązku wykazania, iż zastrzeżone informacje*

stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa podnieść należy, że wykazanie "jest czymś więcej" niż tylko złożeniem przez wykonawcę oświadczenia/oświadczeń. W przeciwnym przypadku ustawodawca w przepisie art. 8 ust. 3 p.z.p. poprzestałby na obowiązku wskazania przez wykonawcy - złożenia oświadczenia, które informacje, czy dokumenty zastrzega" (wyrok z 7 stycznia 2021r., KIO 3278/20). „Obowiązek "wykazania", o którym mowa w przepisie art. 8 ust. 3 p.z.p., to obowiązek, który materializuje się po stronie wykonawcy zastrzegającym określone informacje. Należy go rozumieć w ten sposób, że podmiot zastrzegający przekazywane dane, jako tajemnica przedsiębiorstwa, w odpowiednim momencie postępowania winien, bez wcześniejszego wezwania zamawiającego, udowodnić zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych jest równoznaczne z brakiem formalnym związanym z koniecznością dopełnienia tego obowiązku i w konsekwencji powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 p.z.p. ochrony" (wyrok z 30 grudnia 2020r., KIO 3227/20). Samo powoływanie się przez CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie na klauzule poufności z pracownikami, współpracownikami oraz kontrahentami bez udowodnienia, że takie postanowienia istnieją, a nawet bez wykazania, że taka umowa została faktycznie zawarta, nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne. Nie wystarczą jedynie twierdzenia wykonawcy, niezbędne jest przedłożenie konkretnych dowodów, lecz na etapie zastrzegania informacji, a nie dopiero w postępowaniu odwoławczym (zob. wyrok z 5 czerwca 2020r., KIO 458/20)

Co do zasady nie ma wartości gospodarczej wybranie jednego spośród funkcjonujących na danym rynku przedsiębiorców jako podwykonawcy. Nie może uzasadniać utajnienia danych podwykonawców subiektywna obawa CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie o ich nielojalność, gdyż wykonawca działający z należyłą starannością powinien być w stanie nawiązać z podwykonawcą stosowaną relację prawną, która zagwarantuje mu jego lojalność (zob. wyrok z 4 kwietnia 2019r., KIO 466/19).

Zastrzeżenie poufności może być uznane za usprawiedliwione wówczas, gdy łącznie spełnione zostaną warunki, o których mowa w tym przepisie, a mianowicie, że informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub jest inną informacją przedstawiającą wartość gospodarczą - co w tym zakresie odwołuje się do komercyjnego aspektu tajemnicy przedsiębiorstwa i oznacza, że chodzi o taką informację (o co najmniej minimalnej lub potencjalnej wartości), której wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski. Zgodnie z drugą przesłanką materialną przymiot poufności przyznaje się informacjom, które jako całość, albo jako zestawienie o szczególnym

charakterze, bądź zbiór, nie są powszechnie znane, bądź nie są łatwo dostępne dla osób, które zwykle zajmują się rzeczonym rodzajem danych.

„Z faktu, iż dwa prywatne podmioty umówiły się na realizację określonych i w istocie typowych na rynku usług dostawy i montażu urządzeń grzewczych, trudno wywodzić o szczególnej wartości gospodarczej informacji tych umów dotyczących, jako zasługujących na utajnienie ich treści” (wyrok z 3 grudnia 2020r., KIO 2923/20). Podobnie należy odnieść się do współpracy łączącej CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie z podwykonawcami udostępniającymi zasoby w postępowaniu. Dane podwykonawców CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie nie stanowią wartości gospodarczej i nie zasługują na utajnienie ich treści, stosowanie do art. 8 ust. 3 pzp.

2.2. Jawność dokumentów JEDZ CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie (część tajna), dokumentów JEDZ Podmiotów trzecich oraz zobowiązań Podmiotów trzecich (podwykonawców)

Nie można utajnić treści zobowiązań podmiotów trzecich, które na zasadzie art. 22a pzp udostępniły swoje zasoby wykonawcy oraz JEDZ odnoszących się do podmiotów trzecich i wskazujących na ich tożsamość. Na takim stanowisku stanęła Izba w wyroku z dnia 13 lutego 2017 r., KIO 90/17; KIO 112/17. Informacja o tym, który podmiot udzieli doświadczenia danemu wykonawcy, jest informacją kluczową, która co do zasady musi być ujawniona, ponieważ stanowi element podstawowy związany z prymatem zasady jawności w postępowaniu. Zobowiązanie podmiotu trzeciego ma charakter oświadczenia, które należy traktować na równi z oświadczeniami o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnieniu warunków udziału w postępowaniu w kontekście możliwości jego ujawnienia, które co do zasady nie są tajne. Tak jak nie powinien być tajny JEDZ podmiotów trzecich i podwykonawców.

„Zastrzeżenie wykonawcy dotyczące treści dokumentu JEDZ jako zawierającej informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 8 ust. 3 p.z.p. w związku z ustawą, do której przepis odsyła, nie jest zasadne, a odmowa udostępnienia informacji o osobach pełniących funkcję kierowników budowy i robót uchybia zasadzie jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” (wyrok z 5 października 2020r., KIO 2265/20).

Informacja o tym, jakie podmioty są zaangażowane w realizację projektu objętego Postępowaniem, dalej „Projekt”, jako podwykonawcy stanowi również informację publiczną i nie może być zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Gdyby Konsorcjum w toku realizacji Projektu wystąpiło w drodze wniosku o udostępnienie informacji publicznej polegającej na wskazaniu zgłoszonych Zamawiającemu podwykonawców uczestniczących w realizacji Projektu, to Zamawiający nie miałby podstaw do odmowy udzielania odpowiedzi na

to zapytanie. Za powyższym przemawia stanowisko zawarte w uzasadnieniu prawomocnego wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 22 października 2015r., II SAB/Wa 813/15, zgodnie z którym *„W rozpoznawanej sprawie niewątpliwe jest, iż zgłoszone przez skarżącego żądanie z dnia [...] kwietnia 2015 r. w zakresie udostępnienia wskazanej tam informacji [dotyczących podwykonawców uczestniczących w realizacji zamówienia publicznego - przypis autora], jest informacją publiczną w rozumieniu art. 1 i art. 6 ustawy o dostępie do informacji publicznej i to tym bardziej, iż stosownie do art. 139 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) do umów w sprawach zamówień publicznych, zastosowanie mają przepisy o dostępie do informacji publicznej. Ponadto dotyczy ono budowy inwestycji celu publicznego i dokumentów sporządzonych w celu realizacji tego zadania. Zostały one bowiem wytworzone w ramach sfery działalności podmiotu zobowiązanego do udostępnienia informacji publicznej, odnoszące się co do faktów oraz co do prowadzenia inwestycji celu publicznego, tj. ze środków publicznych”*.

Natomiast w wyroku z dnia 24 sierpnia 2018 r., KIO 1550/18, Izba rozpoznawała sprawę dotyczącą skuteczności zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa danych podmiotu trzeciego. W cytowanym wyroku Izba wskazała, że Izba uznała, że zamawiający nie dokonując odtajnienia oferty naruszył interes odwołującego polegający na prawie kontroli prawidłowości czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Warto bowiem pamiętać, że treść zobowiązania stanowi punkt wyjścia do dokonania wstępnej oceny spełniania warunków udziału w oparciu o JEDZ/oświadczenie, a zatem ma istotne znaczenie w postępowaniu. Dla dokonania wstępnej oceny spełniania warunków udziału niezbędne jest bowiem ustalenie, w jakim zakresie wykonawca wykazuje ich spełnianie samodzielnie, a w jakim korzysta z potencjału podmiotu trzeciego. Analizując sprawę, Izba uznała, że zawarta w ramach zobowiązania klauzula poufności dotycząca zakazu ujawniania danych zawartych w wykazie innym wykonawcom i podmiotom trzecim nie obejmuje samego oznaczenia podmiotu trzeciego, które w takim wypadku jest jawne. *„Izba podkreśla, że w treści klauzuli nie ma ani jednego słowa o objęciu poufnością oznaczenia podmiotu trzeciego. Z uwagi na daleko idące konsekwencje wynikające z tajemnicy przedsiębiorstwa Izba nie będzie dokonywała wykładni rozszerzającej z dalszej części klauzuli która odnosi się do informacji dotyczących udostępnionych dokumentów przekazanych Wykonawcy przez podmiot w związku z postępowaniem. Wykonawcy są profesjonalistami i nie pierwszy raz uczestniczą w postępowaniu o zamówienia publiczne. Użyte ogólne sformułowania odnoszą się do dokumentów a nie ściśle do oznaczenia podmiotu trzeciego”*. W związku z powyższym Izba nakazała odtajnienie oferty przystępującego w części obejmującej oznaczenie podmiotu

trzeciego, na którego zasoby powołuje się wykonawca, utrzymała natomiast zastrzeżenie tajemnicy w zakresie zasobów wskazanych w zobowiązaniu. Z tego też względu niezbędne jest ujawnienie danych podmiotów trzecich udostępniających zasoby CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie a także dokumentów JEDZ oraz oświadczeń o udostępnieniu zasobów złożonych przez te podmioty.

2.3. Jawność dokumentów i oświadczeń Wykonawcy oraz Podwykonawców na potwierdzenie nie podlegania wykluczeniu

Dokumenty urzędowe takie jak zaświadczenia z KRS, KRK, ZUS i US potwierdzające brak podstaw wykluczenia nie mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, jako dokumenty jawne. Jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 11 sierpnia 2014 r., KIO 1535/14: *„dokumenty urzędowe podmiotów udostępniających zasoby, jak wyciągi z Krajowego Rejestru Sądowego, Krajowego Rejestru Karnego, zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek, a także listy referencyjne. dokumentów urzędowych, które są jawne i powszechnie dostępne (jak odpis z KRS) lub też wydawane są w celu przedstawienia ich innym podmiotom (zaświadczenia z ZUS i Urzędu Skarbowego, informacje z KRK dla członków zarządu oraz podmiotu zbiorowego), a tym samym nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Skoro powyższe dokumenty są jawne, nie jest uprawnione zastrzeżenie nieujawniania ich treści w postępowaniu. Jedną z przesłanek ustawowych, niezbędnych do uznania informacji za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, jest fakt nieujawnienia tych informacji do wiadomości publicznej. Ta przesłanka nie jest spełniona w stosunku do ww. dokumentów urzędowych”.*

2.4. Jawność wykazu wykonanych robót budowlanych – wg. załącznika nr 4 do SIWZ oraz dowodów określających, że wskazane roboty budowlane zostały wykonane należycie

Wykonawcy zastrzegają informację o zrealizowanych usługach, dostawach czy robotach budowlanych, powołując się najczęściej na klauzule poufności. KIO stoi w tego typu sytuacjach na stanowisku, że samo powoływanie się na klauzule poufności, bez jakiegokolwiek podania ku temu realnych i obiektywnych powodów, nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne, a jedynie stwarza wrażenie, że hasłowe podanie ogólnikowych stwierdzeń ma za zadanie uniemożliwienie konkurencji weryfikacji sposobu kalkulacji ceny wykonawcy (wyroki: z 15 października 2019 r., KIO 1933/19 czy z 10 października 2019 r., KIO 1878/19). Wykonawca powinien zatem każdorazowo, w odniesieniu do każdej wykazanej umowy, którą chce zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa, przedstawić zobowiązanie do zachowania poufności. Jak stwierdziła Izba w wyroku KIO 2368/18 z 3 grudnia 2018 r. *„Skoro nałożenie na pracowników obowiązków zachowania informacji w poufności oraz niewykorzystywania ich nastąpiło w formie pisemnej, to*

obowiązkiem wykonawcy było załączenie do uzasadnienia zastrzeżenia takich przykładowych pisemnych zobowiązań. Jest to tego rodzaju okoliczność, która w prosty sposób może (i w związku z tym powinna) być wykazana za pomocą dowodu. Nieprzedstawienie takiego dowodu, w sytuacji gdy jego załączenie do uzasadnienia zastrzeżenia wymaga jedynie dokonania tzw. anonimizacji obciąża wykonawcę i czyni wyjaśnienia w tym zakresie mało wiarygodnymi”.

Jednolite jest także w orzecznictwie stanowisko, że informacje dotyczące realizacji usług i zamówień wykonywanych na rzecz podmiotów publicznych jako dotyczące działalności tych podmiotów oraz wydatkowania środków publicznych, podlegają co do zasady ujawnieniu wnioskującemu o ich uzyskanie na podstawie przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej. Podobnie referencje potwierdzające wykonanie umów na rzecz publicznych podmiotów nie mogą stanowić informacji „nie podanej do wiadomości publicznej”, skoro w myśl ustawy o finansach publicznych wydatkowanie środków publicznych jest co do zasady jawne. Ponadto z samej istoty referencji wynika, iż są to dokumenty, które potwierdzają wyłącznie należyte wykonanie zamówienia i są przeznaczone do przedstawiania różnym podmiotom i w konsekwencji nie są też zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa przez ich wystawcę (tak wyrok z 11 lutego 2019 r., KIO 148/19).

Nadto, jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 11 sierpnia 2014 r., KIO 1535/14: *„Adresatami referencji jest zaś nieograniczony krąg podmiotów. Referencje są bowiem ze swej istoty wystawiane z przeznaczeniem dla nieokreślonej liczby podmiotów, które mogą być zainteresowane ich treścią. Gdyby wystawiający referencje nie był zainteresowany ujawnieniem określonych informacji podawanych w treści referencji, wówczas nie wystawiałby referencji określonej treści lub też w treści tych referencji zastrzegłby, że nie mogą być one nikomu udostępnione. W sytuacji zaś, gdy takie okoliczności nie nastąpiły, należy uznać, że treść referencji jest jawna”.* Nadto, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 11 sierpnia 2014 r., KIO 1535/14 stwierdziła: *„Jedną z przesłanek ustawowych, niezbędnych do uznania informacji za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, jest fakt nieujawnienia tych informacji do wiadomości publicznej. Ta przesłanka nie jest spełniona w stosunku do ww. dokumentów urzędowych. Adresatami referencji jest zaś nieograniczony krąg podmiotów. Referencje są bowiem ze swej istoty wystawiane z przeznaczeniem dla nieokreślonej liczby podmiotów, które mogą być zainteresowane ich treścią. Gdyby wystawiający referencje nie był zainteresowany ujawnieniem określonych informacji podawanych w treści referencji, wówczas nie wystawiałby referencji określonej treści lub też w treści tych referencji zastrzegłby, że nie mogą być one nikomu udostępnione. W sytuacji zaś, gdy takie okoliczności nie nastąpiły, należy uznać, że treść referencji jest jawna”.*

Dlatego wykaz wykonanych robót budowlanych – wg. załącznika nr 4 do SIWZ oraz dowody określające, że wskazane roboty budowlane zostały wykonane należycie powinny zostać udostępnione jako dokumenty jawne.

2.5. Jawność wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia – wg. załącznika nr 5 do SIWZ oraz dowodów dysponowania osobami oraz potwierdzające ich doświadczenie

Jak orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 24 maja 2019 r., KIO 860/19, aby skorzystać z takiej przesłanki zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie, wykonawca musiałby szczegółowo wykazać *„czy w ogóle zetknął się z taką praktyką, jakiej liczby osób w jego firmie to dotyczyło, a także czy wskazany w dokumentach składanych wraz z ofertą i na wezwanie Zamawiającego personel oraz jego doświadczenie miało charakter unikalny, wyjątkowo specjalistyczny, usprawiedliwiający przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka pozyskiwania takich osób, czy istotnie ograniczona na rynku jest liczba osób z doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego”*. W innym wyroku Izba orzekła, że informacja o tym, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zapobiega podkupowaniu personelu pomiędzy konkurencyjnymi spółkami, nie stanowi wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz jest jedynie informacją o danej sytuacji faktycznej (wyrok z 19 września 2018 r., KIO 1779/18). Jeszcze bardziej dosadnie do zagadnienia podkupowania pracowników odniosła się Izba w wyroku KIO 2113/16 z 20 marca 2017 r., w którym stwierdziła, że argument o łatwości podkupienia stoi w opozycji do oświadczenia o dysponowaniu daną osobą, podmiotem, sprzętem itd., gdyż widocznie więź obligacyjna, na którą powołuje się wykonawca, nie jest wystarczająca. Z drugiej strony w stosunku do wykonawcy usiłującego „podkupić” zasoby konkurenta może okazać się, że swoje zastosowanie znajdzie przepis art. 24 ust. 1 pkt 20 PZP mówiący o zakłócaniu konkurencji między wykonawcami. Z kolei w wyroku z 24 maja 2019 r., KIO 860/19, Izba orzekła w zakresie zastrzeżenia informacji o posiadanych przez daną osobę uprawnieniach budowlanych: *„Co do zasady informacje o posiadanych przez daną osobę uprawnieniach budowlanych są informacjami jawnymi, podobnie jak dokumenty potwierdzające te uprawnienia, trudno tutaj zatem w ogóle mówić o ich poufnym charakterze. Z kolei doświadczenie, jakim legitymują się wskazane osoby, to doświadczenie zdobyte w inwestycjach publicznych, w związku z czym wątpliwa jest poufność danych takich jak okres trwania danej roboty budowlanej czy zajmowane przez daną osobę stanowisko”*. Informacje zawarte w wykazie projektantów, kierowników robót i kierowników budów, osób które brały udział w realizacjach zamówień publicznych nie mogą być zatem skutecznie chronione przed ujawnieniem, ponieważ już samych przepisów prawa budowlanego wynika jawność nazwisk autorów projektów budowlanych, wpisywanie do Dzienników Budowy nazwisk kierowników

robót, ujawnianie na tablicach informacyjnych nazwisk kierowników budowy. Podstawa dysponowania pracownikami również nie może zostać uznana za dane skutecznie chronione przed wyjawieniem ze względu na fakt, że osoby zatrudnione na podstawie umów o pracę ujawnione są np. w rejestrach ZUS, do których dostęp mają m.in. organy kontrolne, na których działanie nie ma się wpływu (tak KIO w wyroku z 18 stycznia 2018 r., KIO 55/18).

Jak stwierdziła Izba w wyroku z 26 listopada 2018 r., KIO 2319/18, ochrona danych osobowych personelu i informacji o kwalifikacjach zawodowych pracowników przez wyłączenie jawności postępowania to ostateczność, po którą można sięgać wyłącznie w przypadkach, w których inne środki byłyby nieskuteczne bądź niewystarczające. Izba uznała, że *„Wykonawca nie powinien swobodnie, niejako poza pracownikiem i często bez wiedzy i świadomości, decydować, że utajni informacje o wykształceniu i doświadczeniu zawodowym, wszak to nie są strictly dobra wykonawcy, a pracownicy często się nimi chwalą, np. na portalach społecznościowych. Wspomniane inne środki to przede wszystkim umowy o zakazie konkurencji, odpowiednie ukształtowanie wynagrodzenia czy przekazywania innych profitów wynikających z zatrudnienia”*.

W innym wyroku Izba orzekła, że *„Co do przesłanki nieujawnienia informacji do wiadomości publicznej o osobach przeznaczonych do realizacji zamówienia, zwłaszcza w kontekście przedmiotu zamówienia to jest robót budowlanych i regulacji jaką jest ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz.U. j.t. 2017 poz. 1332 ze zm.) zwana dalej prawem budowlanym, wniosek o ochronę informacji jest nieuprawniony. Zgodnie z przywołanym prawem budowlanym reguluje ono działalność obejmującą sprawy projektowania, budowy, utrzymania i rozbiórki obiektów budowlanych oraz określa zasady działania organów administracji publicznej w tych dziedzinach (art.1 prawa budowlanego). Z kolei aby wykonywać samodzielne funkcje techniczne w budownictwie w zakresie projektowania, kierowania budową lub robotami budowlanymi, wykonywaniem nadzoru inwestorskiego należy posiadać odpowiednie wykształcenie techniczne i praktykę zawodową stwierdzone decyzją w zakresie uprawnień budowlanych wydaną przez organ samorządu zawodowego (art. 12 prawa budowlanego). Warunkiem uzyskania uprawnień budowlanych jest zdanie egzaminu ze znajomości procesu budowlanego oraz umiejętności praktycznego zastosowania wiedzy technicznej (art. 12 ust.3 prawa budowlanego). Podstawę stanowi wpis, w drodze decyzji, do centralnego rejestru (art. 12 ust.7 prawa budowlanego) do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, który to rejestr prowadzi Główny Inspektor Nadzoru Budowlanego w formie elektronicznej tzw. centralny rejestr osób posiadających uprawnienia budowlane(art. 88a ust. 1 pkt 3 a prawa budowlanego). Tak więc osoby, które mają wykonywać zamówienie a określone w SIWZ jak o osoby pełniące funkcje*

czy to kierownika budowy, czy to kierownika robót, czy to projektantów są osobami publicznymi, do nazwisk których i danych ma dostęp każdy obywatel w kraju. Tymi danymi są imiona i nazwisko, adres, numer PESEL albo numer paszportu lub innego dokumentu potwierdzającego tożsamość –w stosunku do osób nieposiadających obywatelstwa polskiego, informacje o wykształceniu i tytułach naukowych, numer, datę i miejsce wydania decyzji, organ wydający decyzję, podstawę prawną wydania decyzji, numer, specjalność i zakres uprawnień budowlanych itd. (art.88 a ust.2 prawo budowlane). Reasumując osoby wykonujące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie są osobami publicznymi a do ich danych wskazujących na prawo wykonywania funkcji jest dostęp powszechny przez centralny elektroniczny rejestr więc ukrywanie współpracy z tymi osobami jest niedopuszczalne” (wyrok KIO z dnia 22 września 2017r., KIO 1863/17).

W innych wyrokach Izba zwróciła uwagę na to, że:

- „Nie uznaje się za udowodnionego twierdzenia, że określony zestaw osobowy tj. jego konfiguracja nosi w sobie wartość gospodarczą, a ujawnienie informacji w tym zakresie nosi ryzyko utraty tego zespołu np. w wyniku tzw. podkupienia pracownika. Instrument zastrzegania informacji nie powinien dotyczyć takiego motywu zastrzeżenia, jakim miałyby być w istocie pozaprawne wzmocnienie więzi wykonawcy jako podmiotu gospodarczego z bezpośrednimi realizatorami prac. Dla specyficznych usług wartością gospodarczą jest raczej jawne prezentowanie dokonań i szczególnych osiągnięć oraz fakt współpracy z cenionymi twórcami, a nie takich okoliczności ukrywanie” (wyrok z 15 października 2020r., KIO 2244/20);

- „Trudno uznać, aby wykaz tworzony wyłącznie na potrzeby danego postępowania mógł zostać uznany za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Oczywistym jest, że celem objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu osób przez Wykonawcę jest uniemożliwienie weryfikacji przez wykonawcę konkurencyjnego, doświadczenia osób pod kątem czy to spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czy też prawidłowości przyznania przez zamawiającego punktacji w danym kryterium. Taki wykaz powstaje tylko i wyłącznie na potrzeby danego postępowania - a zatem w celu weryfikacji zawartych w nim informacji przez Zamawiającego. Zestawienie osób wyszczególnionych w wykazie ma zatem charakter "chwilowy"” (wyrok z 11 grudnia 2020r., KIO 3061/20).

Tym samym w okolicznościach niniejszej sprawy brak jest podstawy do odmowy udostępnienia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia – wg. załącznika nr 5 do SIWZ oraz dowodów dysponowania osobami oraz potwierdzające ich doświadczenie.

2.6. Jawność zestawienia wartości gwarantowanych - wg. załącznika nr 8 do SIWZ

Załącznik zestawienia wartości gwarantowanych - wg. załącznika nr 8 do SIWZ nie zawiera żadnych innych danych, niż wskazane w Formularz ofertowy - część jawna CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie udostępnionym Konsorcjum przez Zamawiającego. W ww. załączniku, każdy wykonawca zobowiązany był wypełnić pkt 5.1.1. oraz 5.1.2., które odpowiadają informacjom zawartym odpowiednio w pkt 7 i 9 oferty.

Skoro w udostępnionym Konsorcjum Formularzu ofertowym - część jawna CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie wskazała:

„7. Gwarantuję dostępność Inwestycji w okresie gwarancyjnym w ciągu roku w ilości 8250 godzin pracy liczonej zgodnie z definicją zawartą w załączniku nr 8 do SIWZ- Zakres gwarancji i zestawienie wartości gwarantowanych w pkt.4.2.

9. Gwarantuję zużycie energii elektrycznej w Inwestycji na potrzeby własne w ilości 571 kWh/h. Gwarantowane zużycie energii elektrycznej dotyczy wszystkich urządzeń wchodzących w skład Inwestycji za wyjątkiem chłodni awaryjnej przedstawionych w załączniku nr 12 do SIWZ - Opis techniczny oferowanej Inwestycji pkt.13. obciążeniu liczoną zgodnie z definicją zawartą w załączniku nr 8 do SIWZ- Zakres gwarancji i zestawienie wartości gwarantowanych w pkt.4.2.”

a ww. Formularz został udostępniony Konsorcjum, a tylko ww. dane powinny zostać uzupełnione przez CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie w zestawieniu wartości gwarantowanych - wg. załącznika nr 8 do SIWZ, to brak jest podstaw do odmowy udostępnienia Konsorcjum zestawienia wartości gwarantowanych - wg. załącznika nr 8 do SIWZ do oferty CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie.

2.7. Jawność wykazu części zamówienia powierzonych podwykonawcom – załącznik nr 9 do SIWZ

Skoro wykonawca w dokumencie JEDZ powinien wskazać listę podwykonawców, którym zamierza powierzyć realizację części zamówienia, natomiast dokument JEDZ nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa i podlega ujawnieniu, to w okolicznościach niniejszej sprawy wykaz części zamówienia powierzonych podwykonawcom – załącznik nr 9 do SIWZ

również jest jawny i powinien zostać udostępniony Konsorcjum.

Na marginesie należy zauważyć, że w zakresie możliwości zastrzeżenia informacji o podwykonawcach, Izba wypowiedziała się negatywnie. W wyroku z 4 kwietnia 2019 r., KIO 466/19, Izba stwierdziła, że **„Co do zasady nie ma wartości gospodarczej wybranie jednego spośród funkcjonujących na danym rynku przedsiębiorców jako podwykonawcy. Nie może uzasadniać utajnienia danych podwykonawców subiektywna obawa o ich nielojalność, gdyż wykonawca działający z należytą starannością powinien być w stanie nawiązać z podwykonawcą stosowaną relację prawną, która zagwarantuje mu jego lojalność”**.

Jednocześnie należy podkreślić, że informacja o tym, jakie podmioty są zaangażowane w realizację Projektu jako podwykonawcy stanowi również informację publiczną i nie może być zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Gdyby Konsorcjum w toku realizacji Projektu wystąpiło w drodze wniosku o udostępnienie informacji publicznej polegającej na wskazaniu podwykonawców uczestniczących w realizacji Projektu, to Zamawiający nie miałby podstaw do odmowy udzielania odpowiedzi na to zapytanie. Za powyższym przemawia stanowisko zawarte w uzasadnieniu prawomocnego wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 22 października 2015r., II SAB/Wa 813/15, zgodnie z którym *„W rozpoznawanej sprawie niewątpliwe jest, iż zgłoszone przez skarżącego żądanie z dnia [...] kwietnia 2015 r. w zakresie udostępnienia wskazanej tam informacji [dotyczących podwykonawców uczestniczących w realizacji zamówienia publicznego - przypis autora], jest informacją publiczną w rozumieniu art. 1 i art. 6 ustawy o dostępie do informacji publicznej i to tym bardziej, iż stosownie do art. 139 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) do umów w sprawach zamówień publicznych, zastosowanie mają przepisy o dostępie do informacji publicznej. Ponadto dotyczy ono budowy inwestycji celu publicznego i dokumentów sporządzonych w celu realizacji tego zadania. Zostały one bowiem wytworzone w ramach sfery działalności podmiotu zobowiązanego do udostępnienia informacji publicznej, odnoszące się co do faktów oraz co do prowadzenia inwestycji celu publicznego, tj. ze środków publicznych”*.

2.8. Podsumowanie

W okolicznościach niniejszej sprawy brak było podstaw do odmowy udostępnienia Konsorcjum Nieudostępnionych Dokumentów, a co za tym idzie, zasadny jest zarzut naruszenie art. 8 ust. 3 pzp w związku z art. 11 ust. 2 uznk w związku z art. 7 ust. 1 pzp oraz art. 8 ust. 1 i 2 pzp, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia naczelnej zasady prawa zamówień publicznych, tj.

zasady jawności postępowania, czym Zamawiający w znacznym stopniu ogranicza realną możliwość skorzystania przez Konsorcjum z przysługujących mu na mocy ustawy środków ochrony prawnej.

.....

Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu
2. dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu
3. wydruk z CIKRS ERBUD S.A.
4. wydruk z CIKRS ERBUD Industry Sp. z o.o.
5. wypis z rejestru handlowego VAS Energy Systems International GmbH
6. pełnomocnictwo od ERBUD S.A.
7. pełnomocnictwo od ERBUD Industry Sp. z o.o.
8. pełnomocnictwo od VAS Energy Systems International GmbH
9. dowody uiszczenia opłat skarbowych od pełnomocnictw
10. wniosek Konsorcjum o udostępnienie ofert innych wykonawców złożonych w Postępowaniu
11. wiadomość email Zamawiającego o udostępnieniu części jawnych ofert innych wykonawców złożonych w Postępowaniu z 11 marca 2021r.
12. informacja z otwarcia ofert w Postępowaniu
13. formularz ofertowy - część jawna CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie
14. załącznik nr 8 do SIWZ