



Wrocław, dnia 15 kwietnia 2023 r.

Zamawiający:

Dolnośląski Urząd Wojewódzki we Wrocławiu
Plac Powstańców Warszawy 1
50-153 Wrocław

AL-ZP.272-2/23/ZP/TP1

*Wykonawcy
biorący udział w postępowaniu*

Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej

Dotyczy postępowania: *Świadczenie usług tłumaczeń pisemnych dla cudzoziemców w Dolnośląskim Urzędzie Wojewódzkim we Wrocławiu (DUW) oraz Delegaturach DUW w Legnicy i Jeleniej Górze, jak również tłumaczeń materiałów informacyjnych dla Biura Wsparcia Uchodźców z Ukrainy*

1. Zamawiający, na podstawie art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, informuje, że w wyniku rozstrzygnięcia ww. postępowania **wybrał ofertę nr 1**, złożoną przez:

Lingua Lab. s.c.

Weronika Szyszkiewicz, Małgorzata Dembińska

ul. Sereno Fenn'a 6, lok. 14

31-143 Kraków

Cena brutto oferty: **202 015,20 zł.**

Termin wykonania tłumaczenia pisemnego przysięgłego wg warunków z umowy: **1 dzień roboczy.**

Zaoferowanie przez Wykonawcę realizacji zamówienia przy udziale minimum jednej osoby niepełnosprawnej w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 100 ze zm.), zatrudnionej na umowę o pracę: **TAK.**

Ww. oferta została wybrana jako najkorzystniejsza spośród złożonych ofert, po uzyskaniu największej liczby punktów przyznanych wg kryteriów, określonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Nazwy i siedziby Wykonawców, którzy złożyli oferty wraz z punktacją przyznaną poszczególnym ofertom:

Lp.	Nr oferty	Nazwa i adres Wykonawcy	Kryteria oceny ofert			Ogółem pkt
			Cena brutto oferty – waga 60%	Termin wykonania tłumaczenia pisemnego przysięgłego wg warunków z umowy – waga 30%	Zaoferowanie przez Wykonawcę realizacji zamówienia przy udziale minimum jednej osoby niepełnosprawnej w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 100 ze zm.), zatrudnionej na umowę o pracę – waga 10%	
1.	1	Lingua Lab. s.c. Weronika Szyszkiewicz, Małgorzata Dembińska ul. Sereno Fenn'a 6, lok. 14 31-143 Kraków	60,00	30,00	10,00	100,00
2.	2	Literra Sp. z o. o. ul. św. Mikołaja 8/11 50-125 Wrocław	–	–	–	–
3.	3	Stowarzyszenie Ad Astra ul. Bociania 14, Jędrzychów 48-300 Nysa	–	–	–	–

Ponadto, Zamawiający zawiadamia, że umowa w sprawie zamówienia publicznego zostanie zawarta zgodnie z postanowieniami art. 308 ust. 2 ustawy Pzp.

2. Zamawiający, na podstawie art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, informuje, że w niniejszym postępowaniu **odrzucone zostały** – na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp:

1) **oferta nr 2**, złożona przez Wykonawcę: Literra Sp. z o. o., ul. św. Mikołaja 8/11, 50-125 Wrocław,

- 2) **oferta nr 3**, złożona przez Wykonawcę: Stowarzyszenie Ad Astra, ul. Bociania 14, Jędrzychów, 48-300 Nysa,
- tj. oferty Wykonawców, którzy zostali **wykluczeni** z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Uzasadnienie

Wykonawcy:

- Literra Sp. z o. o., ul. św. Mikołaja 8/11, 50-125 Wrocław, ,
- Stowarzyszenie Ad Astra, ul. Bociania 14, Jędrzychów, 48-300 Nysa,

podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a złożone przez nich oferty, odpowiednio, nr 2 i nr 3 – odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp:

Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.

Jednocześnie, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp:

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Wedle art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. (Dz. U. z 2021 r. poz. 275 ze zm.):

ilekroć w ustawie jest mowa o grupie kapitałowej, rozumie się przez to wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę.

Z kolei definicja grupy kapitałowej, zawarta w przepisach ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, wprost odwołuje się do pojęcia przedsiębiorcy, pod którym – zgodnie z art. 4 pkt 1 ww. ustawy rozumie się:

przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2019 r. poz. 1292 i 1495 oraz z 2020 r. poz. 424 i 1086), a także:

- a) osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców,*
- b) osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu,*
- c) osobę fizyczną, która posiada kontrolę, w rozumieniu pkt 4, nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziła działalności gospodarczej w rozumieniu*

przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców, jeżeli podejmuje dalsze działania podlegające kontroli koncentracji, o której mowa w art. 13,

d) związek przedsiębiorców w rozumieniu pkt 2, z wyłączeniem przepisów dotyczących koncentracji.

Natomiast w art. 4 pkt 4 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów zdefiniowano przejęcie kontroli, które należy rozumieć jako:

wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców; uprawnienia takie tworzą w szczególności:

a) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,

b) uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,

c) członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),

d) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami,

e) prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),

f) umowa przewidująca zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę”.

Przy czym, należy mieć na uwadze, że pojęcie grupy kapitałowej – w rozumieniu ww. przepisów – należy interpretować w ścisłym powiązaniu z definicją „przejęcia kontroli” unormowanej w art. 4 pkt 4 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, w której ustawodawca, wskazując na uprawnienia umożliwiające przedsiębiorcy wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców, **posłużył się katalogiem otwartym** (używając sformułowania „w szczególności”).

W wyniku weryfikacji, odpowiednio, *Rejestru przedsiębiorców* (w odniesieniu do Wykonawcy, który złożył ofertę nr 2: Literra Sp. z o. o.) i *Rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej* (w odniesieniu do Wykonawcy, który złożył ofertę nr 3: Stowarzyszenia Ad Astra), Zamawiający stwierdził, że Pan Daniel Butyter, Prezes Zarządu a zarazem większościowy udziałowiec Literra Sp. z o. o., (który złożył w imieniu ww. Spółki ofertę wraz z wymaganymi załącznikami), wchodzi w skład organu nadzoru, tj. Komisji Rewizyjnej, Stowarzyszenia Ad Astra.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3745/21, przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp: (...) *stanowi sankcję za wszelkie praktyki polegające na porozumieniu się wykonawców, najczęściej w celu manipulacji wynikiem postępowania, chodzi zatem o przypadki porozumień i mów przetargowych naruszających*

uczciwą konkurencją. Najczęściej będą to wszystkie działania zmierzające do wyboru oferty jednego z wykonawców pozostających w zмовie, jednak możliwe są także porozumienia mające na celu eliminację innego wykonawcy z postępowania. **Co istotne, wykluczeniu z postępowania podlega każdy uczestnik takiego porozumienia biorący udział w postępowaniu, a nie tylko ten, który może uzyskać zamówienie lub może nieuczciwie doprowadzić do ograniczenia konkurencji (...).**

W przywołanym wyroku stwierdzono także: (...) Aby zamawiający był uprawniony wykluczyć wykonawcę na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 p.z.p. zgodnie z dyspozycją tego przepisu, będzie zobowiązany stwierdzić zawarcie porozumienia na podstawie wiarygodnych przesłanek (...). W przypadku niniejszego postępowania, wiarygodną przesłankę, o której mowa powyżej, stanowi opisane powyżej powiązanie obu Wykonawców osobą Pana Daniela Butytera.

Przy czym, co istotne, po udostępnieniu przez Zamawiającego na stronie internetowej prowadzonego postępowania – na podstawie art. 222 ust. 5 ustawy Pzp – informacji o nazwach oraz siedzibach lub miejscach prowadzonej działalności gospodarczej wykonawców, których oferty zostały otwarte, jak również cenach zawartych w ofertach, żaden z obu wskazanych powyżej Wykonawców nie złożył – pomimo ujawnienia związków osobowych istniejących między nimi – wyjaśnień na okoliczność powiązań osobowych istniejących pomiędzy nimi.

Tymczasem, jak spostrzeżono w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 11 marca 2022 r., sygn. akt KIO 506/22: (...) **To na wykonawcach spoczywa obowiązek wykazania swojej rzetelności, a więc przedstawienia dowodów swej samodzielności, zwłaszcza w zakresie udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia (...).**

Jednocześnie, z orzecznictwa Izby (wyrok KIO z 28 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 296/22) wynika, że **zaistnienie wiarygodnych przesłanek wskazujących na zмовę przetargową implikuje po stronie Zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawcy**: (...) Przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 p.z.p. daje zamawiającemu podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy (lub wykonawców), gdy zamawiający stwierdzi na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawcy dopuścili się zмовы przetargowej. **Ustawa nie obliгуje zamawiającego do udowodnienia zaistnienia zмовы przetargowej, co uznać należy za rozwiązanie w pełni zasadne - zмовы tego rodzaju ze swej natury są utrzymywane przez zainteresowanych wykonawców w tajemnicy. Z tego też względu zamawiający może podjąć decyzję o odrzuceniu ofert takich wykonawców w oparciu o poszlaki. (...) Ustawa nie wymaga również, by to zamawiający prowadził postępowanie wyjaśniające w kierunku potwierdzenia zaistnienia zмовы przetargowej między wykonawcami – zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 p.z.p. wystarczające jest oparcie się przez zamawiającego na wiarygodnych przesłankach (...).**

Co istotne, przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp: (...) **nie daje możliwości skorzystania z procedury samooczyszczenia, gdyż nie ma możliwości wykazania w jakikolwiek sposób rzetelności wykonawcy, który w tym konkretnym postępowaniu dopuścił się określonego naruszenia (naruszenia zasady konkurencji). Jeżeli bowiem wystąpią okoliczności wskazane w tym przepisie, to wykonawca obligatoryjnie podlega wykluczeniu, a dopuszczalność samooczyszczenia możliwa będzie dopiero w kolejnym postępowaniu. Wykonawca musi więc przedsięwziąć niezbędne środki zmierzające do usunięcia skutków zdarzenia stanowiącego podstawę wykluczenia w tym postępowaniu oraz wdrożyć środki zapobiegające wystąpieniu takich zdarzeń w przyszłości i wykazać ich podjęcie w kolejnym postępowaniu (...)** – vide wyrok KIO z dnia 11 marca 2022 r., sygn. akt KIO 506/22.

Mając na uwadze przedstawione powyżej uzasadnienie prawne, wynikające z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, jak również ustalony stan faktyczny, w tym także nieskorzystanie przez Wykonawców: Literra Sp. z o. o., ul. św. Mikołaja 8/11, 50-125 Wrocław i Stowarzyszenie Ad Astra, ul. Bociania 14, Jędrzychów, 48-300 Nysa, z możliwości wykazania, że złożyli oferty niezależnie od siebie (pomimo istniejącego niezbitcie powiązania osobowego pomiędzy obydwoma podmiotami), **Zamawiający stwierdził, że wskazane powyżej okoliczności wypełniają przesłanki obligatoryjnego wykluczenia obu Wykonawców na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a co za tym idzie – rodzą konieczność odrzucenia oferty nr 2 i oferty nr 3 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp.**

3. Stanowisko Zamawiającego w odniesieniu do wniosku o zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, złożonego przez Wykonawcę, który złożył ofertę nr 1.

W przypadku oferty nr 1, złożonej przez Wykonawcę: LINGUA LAB S. C., Weronika Szyszkiewicz, Małgorzata Dembińska, ul. Sereno Fenn'a 6, lok. 14, 31-143 Kraków – Zamawiający uznał za **nieprawidłowe i nieuzasadnione** zastrzeżenie przez Wykonawcę jako tajemnicy przedsiębiorstwa następujących informacji:

- *Wykazu osób*, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, złożonego na formularzu, stanowiącym Załącznik nr 9 do SWZ;
- treści pisma [wraz z załącznikami: 1) wzorem umowy o poufności z klientami/zamawiającymi; 2) fragmentem umowy cywilnoprawnej zawieranej z tłumaczami – wzorem klauzuli poufności i zakazu konkurencji, 3) fragmentem umowy o pracę zawieranej z pracownikami z klauzulą poufności dla każdego stanowiska pracy niezależnie od zakresu obowiązków, 4) wzorem umowy o zakazie konkurencji zawieranej z pracownikami, stanowiącej załącznik do umowy o pracę dla każdego stanowiska pracy, niezależnie od zakresu obowiązków], zawierającego samo zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zgodnie z treścią art. 16 ustawy Pzp:

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

W art. 18 ust. 1 ustawy Pzp postulowana jest zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia, która znajduje ograniczenie co do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na warunkach określonych w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. I tak, zgodnie z brzmieniem tego przepisu:

Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 (zgodnie z brzmieniem przepisu art. 222 ust. 5 ustawy Pzp, Zamawiający, niezwłocznie po otwarciu ofert, udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania informacje o nazwach albo imionach i nazwiskach oraz siedzibach lub miejscach prowadzonej działalności gospodarczej albo miejscach zamieszkania wykonawców, których oferty zostały otwarte, jak również cenach lub kosztach zawartych w ofertach).

Art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazuje, że (...) *przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.*

Dla uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, konieczne jest więc łączne spełnienie trzech następujących przesłanek:

- 1) informacje muszą być informacjami poufnymi, posiadającymi wartość gospodarczą, w szczególności ze względu na swój techniczny, technologiczny lub organizacyjny charakter;
- 2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób;
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Powyższe wskazuje, że **zasada jest jawność postępowania**, zaś wyjątkiem od tej zasady jest możliwość utrzymania poufności określonych informacji, o ile wykonawca przy jej zastrzeganiu wykaże, że wypełnione są co do tych informacji wszystkie ww. przesłanki, określone w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym niemniej, jak każdy wyjątek od zasady, także i ten musi być rozumiany ściśle.

Należy podnieść, że zgodnie z nadal aktualną uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05: (...) *W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta (...) zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia (...) jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji (...).*

W wyroku KIO z 26 kwietnia 2021 r. (sygn. akt KIO 902/21) wskazano, że: (...) *obowiązkiem zamawiającego jest ocena zasadności dokonanego zastrzeżenia. Zamawiający przychylając się do wniosku danego wykonawcy o zastrzeżenie określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, winien dokonać weryfikacji prawdziwości jego stanowiska odnośnie charakteru (statusu) tych informacji. Weryfikacja zamawiającego nie może odbyć się wyłącznie poprzez bezrefleksyjne zaaprobowanie wyjaśnień danego wykonawcy, ale winna być oparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy (...).*

Podkreślenia wymaga, że fundamentalną zasadą zamówień publicznych jest jawność postępowania. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1317/19 wskazała, że: (...) *Przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć świadomość konsekwencji jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Jawność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu*

na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa (...).

Analiza orzecznictwa KIO wskazuje, że „wykazanie” w rozumieniu art. 18 ust. 3 ustawy Pzp traktować trzeba w sposób zbliżony do „udowodnienia”. W związku z powyższym wykonawcy powinni być świadomi, że **nie każde zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa będzie skuteczne.**

Z pewnością obecnie **za „wykazanie” nie może być uznane ogólne uzasadnienie, które sprowadza się faktycznie do przytoczenia elementów definicji tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.**

Ponadto warunkiem skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest przedstawienie dowodów które potwierdzają treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca uzasadniając zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa powinien powoływać się na środki chroniące poufność konkretnych informacji, które zostały w danym postępowaniu zastrzeżone.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 grudnia 2019 r. sygn. akt KIO 2440/19 wskazano: (...) *Użyte przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy Prawo zamówień publicznych sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek „dowiedzenia”, że informacje te mają właśnie taki charakter: Podkreślić należy, że jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie gólosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznaliby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i – jako takie – byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (...).*

Podobnie, w wyroku z dnia 26 marca 2021 r. sygn. akt KIO 320/21, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała: (...) *Aby móc zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa, równocześnie wykazać należy zasadność dokonania takiego zastrzeżenia, tj. wykazać, że spełnione zostały wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i to w odniesieniu do wszystkich informacji przedstawionych w wyjaśnieniach. Przy czym podkreślić trzeba, że obowiązek „wykazania”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych oznacza coś więcej niż jedynie wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Pod tym pojęciem należy rozumieć nie tylko złożenie samego oświadczenia, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również, w okolicznościach konkretnej sprawy, udowodnienie czy co najmniej uprawdopodobnienie takiego stanu rzeczy (...).*

Co istotne, jak wynika z orzecznictwa, nie jest wystarczające złożenie przez wykonawcę wraz z ofertą ogólnych wyjaśnień wzbogaconych o liczne orzecznictwo sądowe i stanowiska doktryny. Zgodnie z wyrokiem z dnia 4 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1538/15, KIO 1548/15, KIO 1549/15: (...) *Dla uznania bowiem słuszności zastrzeżenia*

określonych informacji nie wystarczy odwołać się do ogólnikowych stwierdzeń i niczym nie popartych oświadczeń wykonawców o tym, iż informacje mają znaczenie gospodarcze, zaś na skutek ich ujawnienia przedsiębiorca będzie potencjalnie narażony na szkodę poprzez utraty pozycji rynkowej. Wykonawcy winni wykazać Zamawiającemu dlaczego w ramach konkretnego postępowania przetargowego ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić wykonawcy szkodę i w czym upatrują oni szkody. Wykonawca winien wykazać istnienie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą. Zaś możliwość poniesienia szkody musi być co najmniej uprawdopodobniona (...).

Jak bowiem wskazano w wyroku z dnia 21 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 1013/16: (...) Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje (...). Przystępujący złożyli co prawda wyjaśnienia w tym zakresie, jednak wyjaśnienia te nie są wystarczające dla uznania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ żaden z przystępujących nie przedstawił dowodów na potwierdzenie swoich wyjaśnień. Należy z całą mocą podkreślić, że jawność postępowania jest zasadą, czyli ma pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (...). Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów nie może być podstawą do jej ograniczenia.

Podważając zasadność zastrzeżenia – jako tajemnicy przedsiębiorstwa – Wykazu osób, należy zauważyć, że wykonawcy często zastrzegają jako tajemnicę wykazy osób, które zostaną oddelegowane do realizacji zamówienia powołując się m. in. właśnie na ryzyko podkupienia pracowników. Tymczasem, w wyroku z dnia 24 maja 2019 r., sygn. akt KIO 860/19, Izba wskazała, że aby skorzystać z takiej przesłanki zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca powinien 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 (...).

Ponadto, w wyroku z dnia 19 września 2018 r., sygn. akt KIO 1779/18, Izba wskazała, że: (...) informacja o tym, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zapobiega podkupywaniu personelu pomiędzy konkurencyjnymi spółkami, nie stanowi wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz jest jedynie informacją o danej sytuacji faktycznej (...)”.

Dodatkowo, wskazać należy, że: (...) W interesie wykonawcy winno być zabezpieczenie się przed utratą kluczowych pracowników poprzez stworzenie atrakcyjnych warunków pracy i płacy, aby osoby takie nie były zainteresowane ofertą konkurencyjnych firm. Okoliczność, że pracownicy mogą przejawiać chęć zmiany pracodawcy w sytuacji, gdy dotychczasowe warunki zatrudnienia im nie odpowiadają (np. z powodu stawek wynagrodzenia niższych od rynkowych) jest praktyką powszechną, dotyczącą każdej branży, nie tylko rynku budowlanego. W tej sytuacji konieczne jest zapewnienie przez pracodawcę np. odpowiedniego wynagrodzenia dla pracowników, korzystnych warunków zatrudnienia, a także zawarcie odpowiednich umów o zakazie konkurencji. Powoływanie się zaś na tajemnicę przedsiębiorstwa jako narzędzie do ochrony specjalistów przeznaczonych do realizacji zamówienia, w świetle zasady jawności postępowania należy uznać za nieprawidłowe (...) [wyrok KIO z 21 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 925/22].

Dodatkowo, w uchwale KIO z dnia 12 lutego 2020 r., sygn. akt KIO/KU 5/20, wyraźnie wskazano, że (...) Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.(...) Pod pojęciem wykazania należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. (...) Obawy wykonawcy co do nieuprawnionego przejęcia lub podkupienia przez konkurencyjnych wykonawców osób zaangażowanych przez wykonawcę to za mało. Tak jak głoślowne stwierdzenie, że wymagania co do konkretnych osób miały charakter wyjątkowo specjalistyczny, który uzasadniałby przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka pozyskiwania takich osób (...).

Odnośnie kwestii zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa to – w świetle orzecznictwa – takie zastrzeżenie uznać należy za niedopuszczalne. W wyroku z dnia 17 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2498/18, Izba wskazała, że: (...) Uzasadnienie jest elementem jawnym, ma ono służyć weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składanych dokumentów (...). Z kolei w wyroku z dnia 23 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2314/18, Izba orzekła: (...) Uznaje się zastrzeżenie wyjaśnień podstaw dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za szczególnie naganne. Jest to działanie ograniczające jawność postępowania o udzielenie zamówienia oraz możliwość kontroli czynności zamawiającego w postępowaniu odwoławczym (...).

W postępowaniu nr AL-ZP.272-2/23/ZP/TP1 pn. Świadczenie usług tłumaczeń pisemnych dla cudzoziemców w Dolnośląskim Urzędzie Wojewódzkim we Wrocławiu (DUW) oraz Delegaturach DUW w Legnicy i Jeleniej Górze, jak również tłumaczeń materiałów informacyjnych dla Biura Wsparcia Uchodźców z Ukrainy Zamawiający, mając na uwadze jego specyfikę, wymagał w dokumentach zamówienia, tj. w Wykazie osób, ograniczonej ilości informacji, tj. imion i nazwisk osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz języka w jakim te osoby dokonują usługi tłumaczenia. W przypadku usługi tłumaczeń pisemnych przysięgłych Zamawiający wymagał także podania numeru uprawnień tłumacza przysięgłego, a w przypadku tłumaczeń pisemnych zwykłych – podania wykształcenia i doświadczenia zawodowego lub numeru uprawnień tłumacza przysięgłego. Ponadto, Wykonawca był zobowiązany do wskazania podstawy dysponowania poszczególnymi osobami.

W opinii Zamawiającego, wskazane powyżej dane nie przesądzają o unikalnym doświadczeniu osób wskazanych w Wykazie, szczególnie biorąc pod uwagę okoliczność, że lista tłumaczy przysięgłych jest powszechnie dostępna (wykaz takich tłumaczy jest prowadzony zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa).

Jak wynika ze złożonego zastrzeżenia, Wykonawca podniósł, że każdorazowo, biorąc udział w postępowaniach publicznych, dokonuje utajnienia wykazu osób oraz wszelkich informacji z nimi związanych, tj. wykazu usług, referencji, pism wyjaśniających przyczynę utajnienia, przekazując te informacje w odrębnej zaklejonej kopercie, wyraźnie oznaczonej, że zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa pieczętując je czerwonym stemplem „TAJNE – TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA – NIE UDOSTĘPNIAC”.

Od dnia 1 stycznia 2021 r. obowiązuje pełna elektroniczna zamówień publicznych, a zatem korespondencja w postępowaniach prowadzona jest w formie elektronicznej. W tym zakresie wyjaśnienia mają charakter pozorny i nie mają związku z rzeczywistymi działaniami Wykonawcy zmierzającymi do zastrzeżenia informacji jako tajemnicy

przedsiębiorstwa, tak, by działanie to wypełniło znamiona przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ponadto, należy zwrócić uwagę, że usługi tłumaczeniowe, które są przedmiotem zamówienia, mają charakter standardowy, a na rynku funkcjonuje wiele podmiotów świadczących tego typu usługi, które aktywnie uczestniczą w postępowaniach przetargowych. W ich przypadku nie można więc powoływać się na innowacyjną metodę wykonania zamówienia ani szczególne know-how, którego ujawnienie mogłoby narazić Wykonawcę na szkodę.

Wykonawca nie wskazał żadnej wielkości ani wartości straty, jaką mógłby ponieść w wyniku ujawnienia poszczególnych zastrzeżonych tajemnicą dokumentów, a tym samym, nie udowodnił, że informacje zawierające imiona i nazwiska tłumaczy mają wartość gospodarczą. Nie jest wystarczające stwierdzenie, że imiona i nazwiska tłumaczy w zestawieniu z opisem specjalistycznego doświadczenia związanego z wykonaniem usług tłumaczeniowych stanowią informację mającą charakter technologiczny, organizacyjny i innego rodzaju m. in. handlowy, posiadającą znaczną wartość gospodarczą, stanowiącą ściśle know-how Wykonawcy w branży. Tymczasem, obowiązkiem Wykonawcy jest wskazać tę wartość, przytoczyć, rozwinąć i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeżonej informacji, a nie jedynie głośłownie zapewnić, że zastrzeżona informacja taką wartość posiada.

Jednocześnie, formułowanie tezy o zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z uwagi na praktyki przejmowania personelu przez konkurencję i związanym z tym ryzyku wymaga udowodnienia. Jeżeli Wykonawca wywodzi podstawy do zastrzeżenia informacji dotyczących personelu, którym dysponuje, jako tajemnicy przedsiębiorstwa z ryzyka podkupienia tego personelu, to nie powinien poprzestać na powołaniu się na tę okoliczność, lecz wykazać, że takie ryzyko faktycznie występuje i wyjaśnić, czy w ogóle zetknął się z taką praktyką, jakiej liczby osób w jego firmie to dotyczyło, a także czy personel, wskazany w dokumentach składanych wraz z ofertą oraz jego doświadczenie ma charakter unikalny, wyjątkowo specjalistyczny, usprawiedliwiający przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka pozyskiwania takich osób.

Ponadto, odnosząc się do argumentacji, towarzyszącej wniesionemu zastrzeżeniu, zawierającej ogólne stwierdzenia dotyczące zachowania poufności oraz deklaracji Wykonawcy o niepublikowaniu w powszechnie dostępnych miejscach ani niezamieszczaniu na stronie internetowej informacji o swoich klientach, a także zabezpieczeniach stosowanych, w celu zachowania poufności, zauważyć należy, że do uzasadnienia dokonanego zastrzeżenia dołączono wzory umów o poufności i zakazie konkurencji oraz wyciągi z umów o pracę oraz z umowy cywilnoprawnej. Tym niemniej, podkreślić należy, że załączone dokumenty nie zawierają żadnych podpisów, danych, informacji, zatem można stwierdzić, że w/w wzory mają charakter wyłącznie informacyjny, podobnie jak oświadczenie złożone przez Wykonawcę, stanowiące uzasadnienie do zastrzeżenia.

Podkreślenia wymaga także fakt, że Wykonawca nie przedstawił żadnych wiarygodnych dowodów, jak choćby zanonimizowanych umów o pracę, umów cywilnoprawnych zawierających zastosowane klauzule, regulaminów pracy czy innych instrukcji potwierdzających obowiązek podpisywania przez pracowników wskazanych dokumentów. Brak dołączenia przedmiotowych dokumentów nie pozwala Zamawiającemu na przyjęcie twierdzenia o rzekomym ich użyciu i funkcjonowaniu w obrocie u Wykonawcy. Analogiczne stanowisko dotyczy zabezpieczeń technicznych odnoszących się do podejmowania kluczy czy dostępu do systemu informatycznego i poczty Wykonawcy

oraz zorganizowanego procesu w tym zakresie – ponieważ także dla tych elementów nie zostały przedstawione żadne dowody potwierdzające zastosowanie powyższych zabezpieczeń.

W tym miejscu zauważyć należy, że wykazanie przesłanek warunkujących skuteczność dokonanego zastrzeżenia wskazanych informacji winno nastąpić razem ze złożonym zastrzeżeniem. W wyroku z dnia 29 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 1011/16, Izba stwierdziła, że (...) *domaganie się dalszych wyjaśnień, czy wzywianie do złożenia wyjaśnień przez zamawiającego byłoby zaprzeczeniem celu nowelizacji i stanowiłoby naruszenie obowiązującego prawa, a dodatkowo powodowałoby uchybienie ustawowemu terminowi na składanie wyjaśnień, wynikającemu z art. 8 ust. 3 ustawy, podkreśla się, że brak taki nie może być uzupełniony na późniejszym etapie postępowania (...)*. Podobnie, w wyroku z dnia 23 maja 2017 r., sygn. akt KIO 917/17, stwierdzono, że (...) *skoro ciężar przeprowadzenia dowodu na określoną okoliczność został nałożony na wykonawcę i ograniczono go w czasie, to zamawiający nie ma obowiązku ani nawet nie jest uprawniony do podjęcia dodatkowych czynności w tym przedmiocie (wezwania do uzupełnienia braku w postaci wykazania rzeczonych okoliczności czy też wezwania do wyjaśnień w zakresie informacji podanych jako uzasadnienie zastrzeżenia poufności określonych wiadomości)*".

Reasumując, dla skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa niewystarczające jest podanie ogólnych, lakonicznych wyjaśnień i wskazanie samego uzasadnienia działania bez wykazania niejawnego charakteru zastrzeganych informacji. Jeśli skuteczności zastrzeżenia braknie, aktualizuje się po stronie Zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji.

Jednocześnie, stosownego zaakcentowania wymaga treść art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, który w praktyce nie może być nadużywany przez wykonawców zastrzegających informacje będące podstawą do ich ocen, czyniąc to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań Zamawiającego. W istocie, realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu, powinny być co do zasady w pełni jawne. Powyższe powoduje, że nie można zbyt liberalnie traktować przesłanek faktycznych i prawnych warunkujących objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa informacji przedstawianych przez wykonawców.

Jednocześnie, jak od lat podkreśla się w orzecznictwie KIO, uzasadnienie zastrzeżenia informacji w ogóle nie może być zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż powinno wyjaśniać powody zastrzeżenia informacji, a nie same informacje. Podobnie za spełniające przesłanki tajemnicy trudno uznać wzory umów o poufności czy zakazie konkurencji.

W świetle powyższego oraz w zaistniałych okolicznościach sprawy treść zastrzeżenia przez Wykonawcę wskazanych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, nie uzasadnia – zdaniem Zamawiającego – konieczności zachowania w poufności wskazanych informacji.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Zamawiającego informacje, o których mowa na wstępie, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i mogą podlegać udostępnieniu.

DYREKTOR GENERALNY
Dolnośląskiego Urzędu Wojewódzkiego
we Wrocławiu
Małgorzata Hasiewicz