

Sygn. akt: KIO 131/19

WYROK
z dnia 6 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierżędzki
Protokolant: Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 stycznia 2019 r. przez wykonawcę **TPF sp. z o.o. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez

przy udziale wykonawcy **Multiconsult Polska sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w złożonych przez wykonawcę Multiconsult Polska sp. z o.o. w Warszawie dokumentach:

- a) wykazie doświadczenia osoby wskazanej na potrzeby weryfikacji kryterium oceny ofert,
- b) zobowiązaniu podmiotu trzeciego SUDOP Praha a.s.,
- c) zobowiązaniu podmiotu trzeciego - Metropolis sp. z o.o. sp. k.,
- d) wykazach osób,
- e) wykazie usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie,
- f) wyjaśnieniach z dnia 10.01.2019 r.,

2. w pozostałej części odwołanie oddala,

3. kosztami postępowania obciąża Polskie Koleje Państwowe S.A. w Warszawie w części 1/2 i wykonawcę TPF sp. z o.o. w Warszawie w części 1/2 i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **TPF sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od **Polskich Kolei Państwowych S.A. w Warszawie** na rzecz wykonawcy **TPF sp. z o.o. w Warszawie** kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 131/19

Uzasadnienie

Polskie Koleje Państwowe S.A. w Warszawie, działające w imieniu własnym, a także w imieniu i na rzecz PKP Polskich Linii Kolejowych S.A. w Warszawie, zwane dalej „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „opracowanie dokumentacji projektowej dla inwestycji pn. <Budowa dworca Olsztyn Główny wraz z modernizacją układu torowo-peronowego i infrastruktury kolejowej>”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 20 września 2018 r., nr 2018/S 181-410936.

15 stycznia 2019 r. zamawiający przesłał wykonawcy TPF sp. z o.o. w Warszawie, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Multiconsult Polska sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu,
- 3) czynności wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów,
- 4) zaniechania czynności odtajnienia i udostępnienia odwołującemu dokumentów złożonych przez przystępującego:
 - wykazu doświadczenia osoby wskazanej na potrzeby weryfikacji kryterium oceny ofert (zał. nr 3 do SIWZ);
 - zobowiązania podmiotu trzeciego SUDOP Praha a.s.,
 - zobowiązania podmiotu trzeciego - Metropolis Sp. z o.o. sp. k.,
 - wykazu osób,
 - wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie,
 - wyjaśnień przystępującego z dnia 10.01.2019 r.

odwołujący wniósł 25 stycznia 2019 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania przystępującego, pomimo iż wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego oraz wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie składając jednocześnie wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, tj. nie dokonując samooczenszczenia;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, przez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania pomimo niewykazania spełnienia przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu;
- 3) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez uznanie, iż w wyniku wezwania z dnia 18.12.2018 r. w trybie tego przepisu przystępujący był uprawniony do zmiany treści oferty w zakresie wykazu osób przez złożenie nowego wykazu osób zawierającego nową osobę na stanowisko projektanta branży konstrukcyjno - budowlanej;
- 4) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem ww. przepisów ustawy).

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert,
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) odstąpienia od dokumentów wskazanych w odwołaniu,
- 4) ponownej oceny ofert,
- 5) wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu,
- 6) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu wykonawcy zobowiązani byli złożyć wykaz osób. Odwołującemu nie udostępniono przedmiotowego wykazu osób, jednakże z wezwania zamawiającego wystosowanego do przystępującego 18 grudnia 2018 r. wynika, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie projektanta branży konstrukcyjno - budowlanej. Stąd też zamawiający wezwał przystępującego do uzupełnienia wykazu osób o wykazanie zdobytego doświadczenia lub uzupełnienia o nowy wykaz osób. W odpowiedzi przystępujący pismem z 4 stycznia 2019 r. przedstawił wyjaśnienia, że osoba wskazana na stanowisko projektanta branży konstrukcyjno - budowlanej spełnia wymagania SIWZ. Jednocześnie przystępujący przedstawił nową osobę do pełnienia funkcji projektanta branży konstrukcyjno - budowlanej, przedkładając nowy wykaz osób.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający w ogóle nie był uprawniony do zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż nie można go zastosować w przypadku, gdy oferta wykonawcy podlega odrzuceniu. Zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Z kolei przystępujący podlega wykluczeniu, gdyż wprowadził zamawiającego w błąd przez podanie informacji dotyczących projektanta branży konstrukcyjno - budowlanej, które nie znajdują potwierdzenia w rzeczywistości. Podanie informacji niemających potwierdzenia w rzeczywistości, a które mogą wpływać na decyzje zamawiającego lub zostały podane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu zawsze skutkuje obowiązkiem wykluczenia takiego wykonawcy.

Odwołujący argumentował, że zamawiający miał świadomość, że informacje wskazane przez przystępującego dla projektanta branży konstrukcyjno - budowlanej nie mają potwierdzenia w rzeczywistości, wynika to wprost z treści wezwania z 18.12.2018 r., w którym zamawiający wskazał, iż:

- osoba wskazana na to stanowisko nie uczestniczyła w opracowaniu dwóch wskazanych dokumentacji w charakterze projektanta, a brała udział jedynie w charakterze sprawdzającego;
- zamawiający rozwiązał umowę dotyczącą wykonania jednej z ww. dokumentacji z winy wykonawcy przed wykonaniem projektu wykonawczego, którego wykonanie wskazał przystępujący przy doświadczeniu projektanta branży konstrukcyjno - budowlanej

Według odwołującego z powyższego wprost wynika, że przystępujący podał informacje wprowadzające w błąd zamawiającego. Zatem zamawiający w ogóle nie powinien zastosować przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co najwyżej mógł wezwać przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Co więcej, także treść odpowiedzi przystępującego potwierdza podanie w wykazie osób informacji niemających żadnego umocowania w rzeczywistości, pozostających w sprzeczności ze stanem faktycznym. Przystępujący potwierdził, że osoba wskazana na stanowisko projektanta branży konstrukcyjno - budowlanej nie złożyła na dokumentacji podpisu jako projektant, a jedynie jako sprawdzający. Przystępujący powołał się na „rzeczywiste” czy też „faktyczne” pełnienie funkcji projektanta, nie składając jednak w tym zakresie żadnych dowodów. Przystępujący ograniczył się do gołosłownych i ogólnikowych twierdzeń, że osoba ta „była członkiem zespołu projektowego”. Są to twierdzenia podnoszone wyłącznie na potrzeby składanych wyjaśnień, nie mające oparcia w stanie faktycznym. Jeśli ta osoba rzeczywiście wykonywałaby czynności projektanta, to zostałaby w dokumentacji wykazana dla pełnienia tej funkcji. Jeśli prawdą miałoby być, że pełniła dwie funkcje - i projektanta i sprawdzającego - to czemu widnieje na dokumentacji jedynie jako sprawdzający, a nie widnieje jako projektant? Według odwołującego jest to sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego i logiką.

Co więcej, zdaniem Odwołującego ta sama osoba nie może pełnić w tym samym projekcie funkcji projektanta i sprawdzającego. Kwestia ta była już przedmiotem badania przez Krajową Izbę Odwoławczą, która w wyroku z dnia 23 października 2014 r., sygn. akt KIO 2080/14 stwierdziła: *„Z powyższych stwierdzeń zatem wynika, że osoba nie figurująca w dokumentacji projektowej jako projektant, mogła uczestniczyć w pracach projektowych, dokonując ich sprawdzenia. W ocenie Izby z powyższego stwierdzenia wynika, że osoba może uczestniczyć w zespole projektantów i dokonywać sprawdzenia dokumentacji projektowej. Należy zauważyć, że powyższe oznacza, że w zespole można pełnić różne funkcje, w tym sprawdzającego. Nazwa: „zespół projektowy” nie oznacza, że wszyscy członkowie tego zespołu pełnią funkcje projektantów. Nie jest sporne pomiędzy stronami, że Pan P. P. pełnił funkcję sprawdzającego. Fakt ten jednoznacznie wynika z dokumentacji projektowej. Z faktu, że dana osoba była członkiem zespołu projektantów nie wynika zatem fakt, że pełniła ona funkcję projektanta. Pozostawanie członkiem zespołu nie oznacza zatem, że pełniło się funkcję projektanta; w zespole można pełnić funkcję sprawdzającego, który nie pełni wówczas funkcji projektanta. Fakt zatem, że Pan P. P. był członkiem zespołu projektantów, nie oznacza, że pełnił on funkcję projektanta. W powyżej przedstawionej opinii znajduje się twierdzenie, zgodnie z którym: "Z zestawienia powołanych regulacji, poza określeniem niezbędnych kwalifikacji sprawdzającego projekt, jasno wynika, iż na żadnym etapie projektowania nie powinno dojść do utożsamienia osoby projektanta - głównego czy też branżowego - z osobą sprawdzającą ten projekt. Powierzenie sprawdzenia projektu osobie pełniącej rolę projektanta w sposób oczywisty wypacza sens instytucji ustanowionej w art. 20 ust. 2 prawa budowlanego, której odwzorowaniem są zapisy § 3-4 powołanego rozporządzenia, rozróżniające samo projektowanie sensu stricto od sprawdzenia projektu, a przez to projektanta od sprawdzającego". Z powyższego wynika zatem, że osoba sprawdzająca nie może jednocześnie pełnić funkcji projektanta. A więc skoro Pan P. P. pełnił funkcje sprawdzającego projekt, to nie mógł jednocześnie być projektantem tego projektu."*

Odnosząc się z kolei do projektu, który został przerwany na etapie projektu budowlanego, bez projektu wykonawczego - przystępujący wskazał, że wpisanie tego projektu „wynikało z faktu popełnienia omyłki pisarskiej przez wykonawcę”. Odwołujący argumentował, że takie wytłumaczenie jest nagminnie stosowane przez wykonawców, którzy podali nieprawdziwe informacje w ofertach. Starając się uniknąć odpowiedzialności i skutków podania takich informacji powołują się na „omyłkę”. Oczywistym jest, że wpisanie projektu dla danej osoby w wykazie osób nie może być potraktowane jako omyłka. Jest to zawsze świadome działanie wykonawcy. Omyłką może być data w projekcie, ale nie fakt jego wpisania.

Odnosząc się do przesłanek wykluczenia odwołujący wskazał, że przesłanki wykluczenia z postępowania określone w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp ziszczają się w każdej sytuacji, w której możliwe jest, że zamawiający może zostać wprowadzony w błąd, w ogóle nie musi dojść do takiego wprowadzenia w błąd. Już samo podanie informacji, które mogłyby u zamawiającego spowodować mylne wyobrażenie - niezależnie od tego, jaki skutek te informacje spowodują - jest wystarczające, aby uznać, że ziszcila się przesłanka wykluczenia z postępowania. Jako takie

informacje należy zakwalifikować ww. informacje wskazane przez przystępującego dla projektanta branży konstrukcyjno - budowlanej.

Odwolujący wywiódł, odnośnie zawinienia po stronie przystępującego, że wystarczające jest, aby podanie nieprawdziwych informacji było skutkiem lekkomyślności lub niedbalstwa. Ten poziom winy z całą pewnością zaistniał po stronie przystępującego - był on zobowiązany zweryfikować podawane dane, w tym zweryfikować pełnienie funkcji projektanta, czy wynika ono z oficjalnych dokumentów, tj. z dokumentacji, która była sporządzana. Weryfikacji podlegać też powinien sam zakres dokumentacji, w tym - sprawdzenie czy była zrealizowana dokumentacja wykonawcza.

Odwolujący argumentował, że przystępujący podlega też wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Przystępujący podał nieprawdziwe informacje, że spełnia warunki udziału, starał się wprowadzić zamawiającego w błąd w tym zakresie. Do ustalenia jest poziom winy, jaki można przypisać przystępującemu. Zdaniem odwołującego przystępujący dopuścił się rażącego niedbalstwa poprzez wpisanie tych konkretnych nieprawdziwych informacji do wykazu osób. Każdy profesjonalny podmiot składając oferty w zamówieniach publicznych powinien dokładnie weryfikować podawane dane.

Odwolujący wskazał, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający uznał, że osoba wskazana pierwotnie na stanowisko projektanta branży konstrukcyjno - budowlanej nie spełnia wymagań SIWZ - wynika to wprost z wezwania z 18.12.2018 r. Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie, pismem z dnia 4.01.2019 r. przedstawił nowy wykaz osób w tym zakresie, wskazując nową osobę na stanowisko projektanta branży konstrukcyjno - budowlanej. Przystępujący dokonał tym samym zmiany treści oferty. Zamawiający zapewne uznał, iż taka zmiana oferty jest dopuszczalna i przystępujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem odwołującego powyższe działanie narusza szereg przepisów wskazanych w odwołaniu.

Odwolujący podniósł, iż na podstawie aktualnego orzecznictwa TSUE, a w szczególności dwóch orzeczeń TSUE w sprawie Esaprojekt C-387/14 i Archus C-131/16 niedopuszczalne jest uzupełnianie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumentów, które nie zostały złożone wraz z ofertą lub na żądanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy. Odwołujący wywiódł, że tryb przewidziany w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie może zatem prowadzić do przedstawienia całkowicie nowej osoby nie wskazanej początkowo w wykazie osób. Instytucja uzupełniania dokumentów ma na celu doprecyzowanie pierwotnie wskazanych informacji, np. uzupełnienia wykazu doświadczenia lub wykazu osób, w zakresie informacji dotyczących wskazanych już pierwotnie wykonanych zamówień (np. uzupełnienie wartości, dat wykonania, zakresu) lub pierwotnie wskazanych osób (np. uzupełnienie informacji dot. stanowiska zajmowanego w danym projekcie itp.).

W odniesieniu do zarzutów dotyczących zaniechania udostępnienia dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa jakichkolwiek informacji jest możliwe jedynie w przypadku wykazania przez wykonawcę, który dokonuje takiego zastrzeżenia, łącznego ziszczenia się przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 2 uznk, tj. wykazania, że dana informacja:

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

Odwolujący argumentował, że odnośnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że informacjami organizacyjnymi są dane używane w bieżącej działalności przedsiębiorstwa, z kolei informacjami technicznymi czy technologicznymi są informacje dotyczące procesu produkcji czy też usług świadczonych przez przedsiębiorcę - przy czym każda taka informacja musi mieć wartość gospodarczą.

Odnosnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną. W szczególności przesłanka ta wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa lub gdy są publikowane w powszechnie jawnych rejestrach.

Odnosnie zaś warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. W szczególności za podjęcie takich działań można uznać zawarcie odpowiednich umów o poufności lub umieszczenie stosownych klauzul w umowach.

Odwolujący wskazał, że nie udostępniono mu następujących dokumentów:

- wykazu doświadczenia osoby wskazanej na potrzeby weryfikacji kryterium oceny ofert (zał. nr 3 do SIWZ);
- zobowiązania podmiotu trzeciego SUDOP Praha a.s.,
- zobowiązania podmiotu trzeciego - Metropolis Sp. z o. o. sp. k.,
- wykazu osób,
- wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie,
- wyjaśnień przystępującego z dnia 10.01.2019 r.

Odwolujący podniósł, że wraz z pismem przystępującego - w odpowiedzi na wezwanie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający nie udostępnił uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa wykazu osób i wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. Odwołujący wskazał, że tym samym nie może odnieść się do konkretnych postanowień uzasadnienia. Z pisma zamawiającego wynika, że przystępujący nie dołączył do wykazu osób i wykazu usług uzasadnienia zastrzeżenia jawności dokumentu. Zamawiający wskazał: „*informuję, iż ww. Wykonawca zawarł w przedmiotowym piśmie zastrzeżenie, „iż informacje zawarte w niniejszych wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i zgodnie z wolą wykonawcy nie mogą być udostępnione do wiadomości publicznej. Stosowne wyjaśnienie dotyczące objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa danych zawartych w niniejszych wyjaśnieniach, wykonawca załączył do oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu przetargowym”.*

Odwolujący wskazał, że - jego zdaniem - działanie przystępującego jest niezrozumiałe. Najpierw dołącza uzasadnienie zastrzeżenia jawności wykazu osób, usług do oferty - podczas gdy w ofercie nie znajdują się takie dokumenty. A następnie - nie dołącza takiego uzasadnienia do wykazu osób i wykazu usług na tym etapie postępowania, na którym wykazy te składa. Zdaniem odwołującego sekwencja zdarzeń jest nieprawidłowa. Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp należy wykazać zastrzeżenie danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z przedłożeniem takich informacji. Przystępujący nie zrealizował tego obowiązku. Brak uzasadnienia i wykazania, dlaczego przystępujący uważa, wszystkie informacje zawarte w wykazie osób i wykazie usług są tajemnicą przedsiębiorstwa, stanowi

naruszenie przepisu art. 8 ust. 3 Ustawy Pzp. A zatem zamawiający powinien udostępnić ww. wykazy odwołującemu.

Z ostrożności procesowej, gdyby Izba uznała za skuteczne jedynie wskazanie na uzasadnienie znajdujące się w ofercie (gdzie nie było wykazu osób i wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie) - odwołujący wskazał, że także tamto uzasadnienie jest niewystarczające. Przystępujący powołał się w nim jedynie na następujące okoliczności:

- wykaz osób nie został ujawniony do wiadomości publicznej - jak wskazano poniżej wykazy takie przystępujący poprzednio ujawniał;
- wskazano szereg procedur, jednakże nie przedstawiono żadnego dowodu;
- nie załączono dowodu, że osoby sporządzające ofertę zostały zobowiązane do zachowania informacji w poufności - chociaż powołuje się na takie klauzule;
- nie wskazano wartości gospodarczej informacji, a jedynie, że jest to „niezwykle ważna wartość gospodarcza”;
- wskazano na możliwość przejścia specjalistów przez podmioty konkurencyjne - jednakże bez żadnych konkretnych twierdzenia głoślowne.

Zdaniem odwołującego wyjaśnienia te nie wykazują ziszczenia się wszystkich przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie odwołującego dokonane przez przystępującego zastrzeżenie jawności wskazanych w odwołaniu dokumentów było i jest bezpodstawne. Zawarte w tychże dokumentach informacje nie realizują bowiem łącznie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 roku (sygn. akt: III CZP 74/05) zamawiający powinien odtajnić zastrzeżone informacje, czego jednak nie uczynił. Zamawiający naruszył więc przepisy ustawy, w szczególności zasadę jawności postępowania jak i wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał, że zamawiający nie dokonał rzeczywistego badania wykazania przez przystępującego spełnienia się ww. przesłanek definicji ustawowej, a jedynie formalnie uznał zastrzeżenie za prawidłowe na podstawie samego złożenia oświadczenia przez przystępującego.

Odwołujący wskazał, że przystępujący wielokrotnie upublicznił w swoich ofertach wykazy osób. Stąd też informacje powszechnie dostępnymi i znanymi są informacje o następujących specjalistach: J. R., P.K., P. P., T. T., A. P., A.T., M. K., W. P., P. P., G. W., P. D., R. D., W. B., S. O., M. C., M. L., W.R., D.S., B. B., J B., R.T.. Zatem jeśli w przedmiotowym wykazie osób zostały zamieszczone ww. osoby, to zamawiający powinien te informacje udostępnić odwołującemu - gdyż nie są one niejawne, przystępujący sam uprzednio umieszczał je w jawnych częściach ofert.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia jawności wykazu osób, wykazu usług i zobowiązań podmiotów trzecich w ogóle nie wykazał spełnienia przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym nie odniósł się do wartości gospodarczej informacji zastrzeganych informacji, pomijając w ogóle ten niezbędny element albo też nie wykazując w sposób należyty tej gospodarczej wartości. Ponadto w przedmiotowym uzasadnieniu przystępujący nie wykazał też, że podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności zastrzeganych informacji. Skuteczne wykazanie musi bowiem zawierać zarówno wskazanie tych kroków, jak i przedłożenie dowodów, np. kopie umów zawierających odpowiednie klauzule o poufności.

W uzasadnieniu przystępujący nie wykazał również, aby zastrzegane informacje, w tym wymagane przez postanowienia SIWZ osoby i ich doświadczenie, miały charakter wyjątkowo specjalistyczny, unikalny, usprawiedliwiający przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka pozyskiwania takich osób (w zakresie wykazu osób). Odwołujący wskazał, że przedmiotowe wykazy nie zawierają treści unikalnych, czy też specyficznych wyłącznie dla ww. wykonawców. Treść wykazów jest bowiem determinowana przez treść SIWZ - SIWZ wyraźnie określa, jakie informacje mają się znaleźć w wykazach. Co więcej - informacje zawarte w tych dokumentach staną się jawne po podpisaniu umowy. Zatem przystępujący zdaje sobie sprawę, że nie będą one niedostępne po zawarciu umowy. Zastrzeżenie jawności informacji na etapie badania i oceny ofert, podczas gdy będą one jawne po zawarciu umowy, stanowi naruszenie zasady jawności. Celem przystępującego było wyłącznie uniemożliwienie konkurentom zapoznania się z treścią oferty. Odwołujący wskazał także, że jako podstawę faktyczną utajnienia wykazu osób wskazano obawę przed podkupieniem personelu. W świetle orzecznictwa takie obawy nie są wystarczające dla zastrzeżenia jawności dokumentów.

Odwołujący podniósł, że ciężar dowodu w zakresie zasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ciąży na tym wykonawcy, który taką tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł. Pogląd ten odwołujący opiera zarówno na zasadzie zdrowego rozsądku - tylko ten, kto zastrzega tajemnicę przedsiębiorstwa wie, jakie są podstawy tego zastrzeżenia - jak i na dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz brzmieniu przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W sytuacji takiej jak niniejsza odwołujący nie może przedstawić dowodów, że jakieś informacje zostały bezzasadnie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż odwołujący - nie znając ich treści - nie może wskazać żadnych argumentów czy też dowodów. Może powoływać się wyłącznie na ogólne zasady - co też uczynił w odwołaniu.

W końcowej części odwołania odwołujący zwrócił uwagę, iż przy rozpatrywaniu możliwości objęcia danych informacji zawartych w ofercie tajemnicą przedsiębiorstwa należy wziąć pod uwagę fakt, iż zasadą jest jawność postępowania, zaś zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów stanowiących dokumentację postępowania - jest wyjątkiem od tej zasady. Skoro zatem objęcie części oferty oraz dokumentacji tajemnicą przedsiębiorstwa jest wyjątkiem od podstawowej zasady zamówień publicznych - to należy w tym zakresie stosować zasadę *exceptiones non sunt extendendae* - czyli zasadę zakazu wykładni rozszerzającej wyjątków. Tym samym każde odejście od zasady jawności postępowań o udzielenie zamówienia powinno być traktowane bardzo wąsko, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność oferty szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełnienia 3 przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie może być mowy o żadnym „domniemaniu” tajemnicy, czy też przyjęciu przez zamawiającego „na słowo”, że przesłanki są spełnione. Jeśli dany wykonawca obejmujący jakąś część dokumentacji postępowania tajemnicą przedsiębiorstwa nie wykazał spełnienia przesłanek oraz nie przedstawił dowodów - to zamawiający (w trakcie oceny ofert) powinien udostępnić takie dokumenty pozostałym wykonawcom lub też Izba (na etapie postępowania odwoławczego) powinna nakazać zamawiającemu takie odtajnienie i udostępnienie.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Multiconsult Polska sp. z o.o. w Warszawie. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), modyfikacje treści SIWZ, ofertę przystępującego, wezwanie zamawiającego do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp skierowane do przystępującego 15 listopada 2018 r., odpowiedź przystępującego na ww. wezwanie z 26 listopada 2018 r. wraz z załącznikami, wniosek odwołującego o wgląd do oferty przystępującego z dnia 10 grudnia 2018 r., odpowiedź zamawiającego na ww. wniosek z 18 grudnia 2018 r., wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów skierowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do przystępującego w dniu 18 grudnia 2018 r., odpowiedź przystępującego na ww. wezwanie z dnia 4 stycznia 2019 r. wraz z załącznikami, wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień skierowane do przystępującego w dniu 8 stycznia 2019 r., wyjaśnienia przystępującego z dnia 10 stycznia 2019 r., zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 15 stycznia 2019 r., wniosek odwołującego o wgląd do protokołu postępowania wraz z załącznikami z 16 stycznia 2019 r., odpowiedź zamawiającego na ww. wniosek z dnia 22 stycznia 2019 r. wraz z załącznikami, wniosek odwołującego z dnia 23 stycznia 2019 r. o udostępnienie wyjaśnień przystępującego z dnia 10 stycznia 2019 r., odpowiedź zamawiającego na ww. wniosek z 23 stycznia 2019 r., odwołanie wraz z załącznikami, pismo procesowe odwołującego z 4 lutego 2019 r., odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Multiconsult Polska sp. z o.o. w Warszawie uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba postanowiła oddalić wniosek zamawiającego i przystępującego o uznanie części zarzutów przedstawionych w odwołaniu za spóźnione. Zamawiający i przystępujący w swych pismach procesowych, jak i w trakcie rozprawy podnieśli, że odwołujący powinien wnieść odwołanie wobec zaniechania czynności oddajnienia wykazu doświadczenia osoby wskazanej na potrzeby weryfikacji kryterium oceny ofert, zobowiązania podmiotu trzeciego SUDOP Praha a.s. i zobowiązania podmiotu trzeciego - Metropolis sp. z o. o. sp. k. w terminie liczącym od dnia 18 grudnia 2018 r., a nie od dnia 15 stycznia 2019 r., kiedy zamawiający zawiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Izba ustaliła, że przystępujący złożył ww. dokumenty wraz z ofertą. Ustalono także, że odwołujący w dniu 10 grudnia 2018 r. zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie do wglądu oferty przystępującego. Ustalono także, że w odpowiedzi na ww. wniosek zamawiający, pismem z dnia 18 grudnia 2018 r., działając na podstawie art. 96 ust. 3 ustawy Pzp przekazał odwołującemu część jawną oferty przystępującego. Poinformował ponadto odwołującego, że przystępujący „*jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł w swojej ofercie wykaz doświadczenia osoby wskazanej na potrzeby weryfikacji kryterium oceny ofert wraz z zobowiązaniami innego podmiotu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów (str. 7-9, 32-33, 40-41)*”. Zamawiający i przystępujący powołując się na treść ww. pisma podnieśli, że odwołujący powinien wnieść odwołanie wobec zaniechania przez zamawiającego czynności uznania za bezskuteczne zastrzeżenia niejawnej części oferty przystępującego w terminie liczącym od dnia 18 grudnia 2018 r.

Zdaniem Izby wniosek zamawiającego i przystępującego nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia. Jednakże, stosownie do art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z tego ostatniego przepisu wynika, że wykonawca może zastrzec określone informacje i wykazać, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak wynika z uchwały Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05w *postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanej 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.*

Treść uchwały SN prowadzi do wniosku, że obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie skuteczności zastrzeżenia. Elementem tej weryfikacji jest przede wszystkim ustalenie, czy wykonawca zdołał w ustawowym terminie wykazać, iż składane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Dostrzeżenia wymaga, że ustawa nie określa końcowego terminu badania skuteczności zastrzeżenia. W tej sytuacji przyjmuje się, że badanie zastrzeżenia powinno się skończyć najpóźniej z momentem wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż jest to chwila, w której zamawiający generalnie kończy badanie i ocenę ofert. Nie ulega również wątpliwości, że zamawiający może wcześniej zakończyć badanie skuteczności zastrzeżenia. Jeżeli wykonawcy powezmą informację o tym fakcie, to można uznać, że termin na wniesienie odwołania wobec czynności oceny zastrzeżenia rozpocznie bieg wcześniej, niż z momentem zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Jednakże, zdaniem Izby w analizowanej sprawie termin ten nie rozpoczął biegu w dniu 18 grudnia 2018 r. Analiza pisma zamawiającego z dnia 18 grudnia 2018 r. prowadziła do wniosku, że zamawiający w tej dacie przesłał odwołującemu jawną część oferty konkurenta. W odniesieniu zaś do niejawnej części oferty zamawiający ograniczył się do stwierdzenia, że przystępujący zastrzegł pozostałe informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Dostrzeżenia wymaga, że - jak wynika z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp - odwołanie wnosi się wobec czynności lub zaniechania zamawiającego, a nie wobec działań wykonawcy. Podkreślić należy, że zamawiający poinformował odwołującego jedynie o oświadczeniu przystępującego, natomiast żadną miarą nie wskazał, czy zastrzeżenie to uznaje za skuteczne. Nie poinformował także odwołującego, że zakończył już czynność badania zastrzeżenia przystępującego. O zakończeniu czynności badania zastrzeżenia nie może świadczyć sam fakt przekazania części jawnej oferty przystępującego. W braku wyraźnego oświadczenia zamawiającego odwołujący miał prawo zakładać, że czynność badania zastrzeżenia jeszcze trwa.

Wobec powyższego, w okolicznościach danej sprawy, zarzut nie mógł zostać uznany za spóźniony.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą wybraną. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu

oraz nakazania zamawiającemu odtajnienia dokumentów zastrzeżonych przez tego wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu skutkować będzie koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu, czego efektem może być uzyskanie zamówienia przez odwołującego. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie.

Za chybiony uznano zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisami, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów,

17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Ustalono, że zamawiający opisał w rozdziale IX ust. 3 pkt 3) ppkt 2 tabela pkt 5 SIWZ warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą na stanowisko projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej. M.in. zamawiający przesądził, że osoba ta powinna w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert uczestniczyć

- w charakterze projektanta przy opracowaniu dokumentacji projektowej budynku użyteczności publicznej, zgodnie z definicją zawartą w § 3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 1422, z późn. zm.), o kubaturze minimum niż 15.000,00 m³

i

- uczestniczyć w charakterze projektanta przy opracowaniu dokumentacji dla realizacji obiektów obsługi komunikacyjnej ruchu pasażerskiego: budowy dworców kolejowych lub budowy autobusowych obiektów dworcowych lub portów lotniczych, w oparciu o które to dokumentacje projektowe uzyskano ostateczne decyzje o pozwoleniu na budowę.

Ustalono, że zamawiający postanowił w rozdziale X SIWZ, że celem wstępnego potwierdzenia ww. warunku wykonawcy mają obowiązek złożyć oświadczenie w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia.

Co istotne, w rozdziale X ust. 1 SIWZ zamawiający doprecyzował, że Wykonawca składa aktualne na dzień składania ofert oświadczenie JEDZ w następującym zakresie: Część II sekcje A-D, Część III sekcje A-D, Część I sekcja α (Wykonawca ogranicza się do wypełnienia sekcji α w części IV i nie musi wypełniać żadnej z pozostałych sekcji w części IV) oraz Część VI, (...). Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Ustalono także, że zamawiający w rozdziale X pkt 7 ppkt 1 SIWZ postanowił, że działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, przed udzieleniem zamówienia, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów:

wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień doświadczenia wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Wzór wykazu określony został w Załączniku nr 7 do SIWZ - który potwierdzi spełnienie warunku udziału w postępowaniu, który został określonego w rozdziale IX ust. 3 pkt 3) ppkt 2 SIWZ.

W dalszej kolejności ustalono, że przystępujący złożył wraz z ofertą dokument JEDZ, w którym – w zakresie części IV (Kryteria kwalifikacji) wypełnił jedynie sekcję α (ogólne oświadczenie dotyczące wszystkich kryteriów kwalifikacji). Złożył tam oświadczenie, że spełnia wymagane kryteria kwalifikacji.

Ustalono również, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 15 listopada 2018 r., skierowane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, przystępujący złożył wykaz osób przy piśmie z dnia 26 listopada 2018 r. Wykaz ten został objęty zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. W wierszu 5 tego wykazu przystępujący zaproponował osobę na stanowisko projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej. Oświadczył, że osobą tą dysponuje bezpośrednio. W przedostatniej kolumnie zaś opisał doświadczenie zawodowe zdobyte przez wskazaną przez siebie osobę na dwóch zadaniach. Przystępujący wskazał, że w trakcie opracowania wymienionych dokumentacji projektowych osoba ta pełniła funkcję projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej. Co do pierwszego projektu podano informację, że ww. osoba brała na tym projekcie udział w opracowaniu projektu budowlanego i projektu wykonawczego.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający pismem z dnia 18 grudnia 2018 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do uzupełnienia dokumentów w celu potwierdzenia opisanego w rozdziale IX ust. 3 pkt 3) ppkt 2 tabela pkt 5 SIWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą na stanowisko projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej. Zamawiający wskazał m.in., że na obydwu realizacjach wskazana osoba pełniła funkcję sprawdzającego, a nie projektanta. W związku z powyższym zamawiający wezwał przystępującego do uzupełnienia wykazu osób o dodatkowe doświadczenia zdobyte przez wskazaną osobę lub uzupełnienia o nowy wykaz osób w zakresie projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej.

Ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył pismo z dnia 4 stycznia 2019. Do pisma tego załączył uzupełniony wykaz osób, w którym na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą na stanowisko projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej, opisanego w rozdziale IX ust. 3 pkt 3) ppkt 2 tabela pkt 5 SIWZ, wskazał inną osobę, aniżeli w pierwotnym wykazie osób, złożonym 26 listopada 2019 r. Oświadczył ponadto, że osobą tą dysponuje bezpośrednio.

Odwołujący wywiódł w odwołaniu, że przystępujący powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp z powodu podania – celem wykazania warunku udziału w postępowaniu – dwóch niezgodnych z rzeczywistością informacji, które wprowadziły zamawiającego w błąd.

Pierwsza informacja dotyczyła tego, że osoba wskazana przez przystępującego na stanowisko projektanta branży konstrukcyjno - budowlanej miała nie uczestniczyć w opracowaniu dokumentacji projektowych wskazanych w wykazie osób w charakterze projektanta, a jedynie w charakterze sprawdzającego.

W pierwszej kolejności należało poczynić ustalenia co wykładni warunku udziału w postępowaniu. Izba ustaliła, że zgodnie z rozdziałem IX ust. 3 pkt 3) ppkt 2 tabela pkt 5 SIWZ, zamawiający wymagał aby wykonawcy wykazali się dysponowaniem osobą na stanowisko m.in. projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej. Ustalono, że zamawiający w

stosunku do projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej wymagał, aby osoba ta posiadała nie tylko uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej ale także legitymowała się doświadczeniem zawodowym. Wymagane od projektanta doświadczenie zawodowe opisano następująco:

W okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert uczestniczył

- w charakterze projektanta przy opracowaniu dokumentacji projektowej budynku użyteczności publicznej, (...)

i

- uczestniczył w charakterze projektanta przy opracowaniu dokumentacji dla realizacji obiektów obsługi komunikacyjnej ruchu pasażerskiego: budowy dworców kolejowych lub budowy autobusowych obiektów dworcowych lub portów lotniczych,

w oparciu o które to dokumentacje projektowe uzyskano ostateczne decyzje o pozwoleniu na budowę.

Spór pomiędzy stronami w pierwszej kolejności wymagał rozstrzygnięcia, czy w świetle treści warunku dopuszczalne było wykazanie się doświadczeniem zawodowym osoby wskazanej na stanowisko projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej, zdobytych przy opracowaniu dokumentacji projektowej w charakterze sprawdzającego.

Zdaniem Izby brzmienie warunku okazało się jasne i precyzyjne. Zamawiający dopuścił wyłącznie możliwość wykazania się doświadczeniem zdobytym przy opracowaniu dokumentacji projektowej w charakterze projektanta. Wzięto pod uwagę, że obowiązujące przepisy prawa klarownie odróżniają funkcje projektanta i sprawdzającego projekt. Stosownie do art. 20 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. Dz.U. z 2018 r. poz. 1202 ze zm.):

2. Projektant ma obowiązek zapewnić sprawdzenie projektu architektoniczno-budowlanego pod względem zgodności z przepisami, w tym techniczno-budowlanymi, przez osobę posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w odpowiedniej specjalności.

4. Projektant, a także sprawdzający, o którym mowa w ust. 2, do projektu budowlanego dołącza oświadczenie o sporządzeniu projektu budowlanego, zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej.

Na konieczność rozgraniczenia obydwu funkcji wskazują także przepisy § 3 rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 kwietnia 2012 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (Dz.U. z 2018 r. poz. 1935):

1. Na stronie tytułowej projektu budowlanego należy zamieścić:

4) imię, nazwisko, numer uprawnień, specjalność oraz podpis projektanta, oraz imiona i nazwiska osób posiadających uprawnienia budowlane do projektowania w odpowiedniej specjalności opracowujących poszczególne części projektu budowlanego, wraz z określeniem zakresu ich opracowania, specjalności i numeru posiadanych uprawnień budowlanych oraz datę opracowania i podpisy;

2. Jeżeli projekt architektoniczno-budowlany podlega sprawdzeniu, na stronie (stronach) tytułowej należy zamieścić imiona i nazwiska osób sprawdzających projekt, wraz z podaniem przez każdą z nich specjalności i numeru posiadanych uprawnień budowlanych, datę i podpisy.

Zdaniem Izby z przywołanych przepisów jednoznacznie wynika, że osobę projektanta należy odróżnić od sprawdzającego. Owszem, zgodnie z art. 20 ust. 2 prawa budowlanego sprawdzający musi również posiadać uprawnienia do projektowania. Powyższe nie oznacza jednak, że sprawdzając projekt występuje w roli projektanta. W tym zakresie podzielono wywody przedstawione w tym zakresie przez Izbę w wyroku z dnia 23.10.2014 r. wydanym przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO 2080/14, a przywołanym przez odwołującego. Za nieadekwatne do stanu faktycznego analizowanej sprawy należało zaś uznać wyroki wydane przez Izbę w sprawach o sygn. akt KIO 1657/17 i KIO 2427/17. W sprawach tych przedmiotem rozważań Izby było rozstrzygnięcie, czy sprawdzanie projektu może być uznane za uczestniczenie w zespole projektowym, bez doprecyzowania charakteru tego uczestnictwa, tak jak to miało miejsce w analizowanej sprawie.

Kierując się powyższymi rozważaniami, należało dojść do wniosku, że nie można było uznać doświadczenia zawodowego zdobytego w charakterze sprawdzającego projekt.

W dalszej kolejności Izba ustaliła, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego skierowane trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, przystępujący - celem wykazania ww. warunku - złożył wykaz osób przy piśmie z dnia 26 listopada 2018 r. W wierszu 5 tego wykazu przystępujący zaproponował osobę na stanowisko projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej. W przedostatniej kolumnie zaś opisał doświadczenie zawodowe zdobyte przez wskazaną przez siebie osobę na dwóch zadaniach. Co istotne, przystępujący jednoznacznie wskazał, że w trakcie opracowania wskazanych dokumentacji projektowych osoba ta pełniła funkcję projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że powyższe oświadczenia okazały się niezgodne z rzeczywistością. Rozstrzygający w tym zakresie okazał się dowód nr 10 złożony przez zamawiającego. W odniesieniu do pierwszej dokumentacji projektowej wzięto pod uwagę treść stron tytułowych projektu budowlanego, stanowiących załączniki do przedstawionych decyzji o pozwoleniu na budowę. Z dokumentów tych wynikało wyraźnie, że proponowana osoba w trakcie wykonywania projektu pełniła funkcję sprawdzającego, a nie projektanta. Dostrzeżenia wymagało, że w dokumentach tych jako projektantów wymieniono inne osoby.

Co do drugiej dokumentacji projektowej wzięto pod uwagę załączone przez zamawiającego w dowodzie nr 10 obliczenia statyczne i rysunki techniczne, z których również wynikało, że wskazana osoba przy opracowaniu dokumentacji projektowej wystąpiła w charakterze sprawdzającego, a nie projektanta. W dokumentach tych jako projektantów wymieniono inne osoby.

Powyższe ustalenia potwierdzał także dowód nr 11, złożony przez przystępującego. Dowód ten, objęty częściowo zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, stanowił oświadczenie z 1 lutego 2019 r. osoby wymienionej przez przystępującego w wykazie jako kandydat na stanowisko projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej. Osoba ta oświadczyła, że „była członkiem zespołu projektowego oraz w ramach powyżej wymienionych prac pełniła również funkcje projektanta sprawdzającego”. Nie złożyła zatem wyraźnego oświadczenia o tym, że na spornych kontraktach była projektantem branży konstrukcyjno-budowlanej. Oświadczenie abstrahowało od treści warunku, który – jak wyjaśniono wcześniej - nie odnosił się do członkostwa w zespole projektowym ani do funkcji sprawdzającego projekt.

Co do pierwszej realizacji powyższe ustalenia potwierdzał także dowód nr 14, złożony przez przystępującego. Dowód ten, objęty częściowo zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa stanowił oświadczenie projektantów, w tym m.in. osoby wymienionej przez przystępującego w wykazie jako kandydat na stanowisko projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej, że projekt został sporządzony zgodnie z obowiązującymi przepisami techniczno-budowlanymi i jest kompletny z punktu widzenia celu, któremu na służyć. Owszem, osoba wskazana w wykazie podpisała się na oświadczeniu jako „projektant” obok drugiej osoby, która także podpisała je jako „projektant”. Dostrzeżenia wymagało jednak, że oświadczenie to zostało złożone na podstawie art. 20 ust. 4 ustawy Prawo budowlane, z którego wynika, że oświadczenie w tym trybie podpisują projektant i sprawdzający. Zatem jedna z tych osób musiała być sprawdzającym.

Natomiast kto był sprawdzającym, a kto projektantem wynikało z pozwolenia na budowę, załączonego do dowodu nr 10, o czym była mowa wcześniej.

Co do drugiej realizacji, odmówiono wiarygodności dowodowi nr 12, złożonemu przez przystępującego. Dowód ten, objęty częściowo zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa stanowił oświadczenie z 1 lutego 2019 r. osoby podającej się za koordynatora projektu. W dowodzie tym znalazło się oświadczenie, że jakoby osoba wskazana w wykazie miała na spornym kontrakcie pełnić na części projektów funkcję projektanta, a nie sprawdzającego. Wskazano rodzaje tych projektów. Izba wzięła pod uwagę, że powyższe oświadczenie pozostawało w sprzeczności z wymienianymi wyżej dowodami nr 10 obejmującymi obliczenia statyczne i rysunki, będącymi dokumentami urzędowymi i stanowiącymi element projektu budowlanego. Ponadto na poparcie tego oświadczenia nie przedstawiono Izbie choćby projektów, które rzekomo osoba miała wykonać jako projektant.

W dalszej kolejności stwierdzono, że powyższe informacje, podane niezgodnie z rzeczywistością, nosiły znamiona wprowadzenia zamawiającego w błąd w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Nie podzielono argumentacji zamawiającego i przystępującego, jakoby wprowadzenie w błąd możliwe było tylko w sytuacji, gdyby zamawiający nie wykrył niezgodności informacji z rzeczywistością. Przyjęcie takiego poglądu oznaczałoby bowiem, że zamawiający nigdy nie byłoby zobowiązani do wykluczenia wykonawcy w razie podania nieprawdziwych informacji. Zawsze gdyby jakiś zamawiający wykrył niezgodność z rzeczywistością, oznaczałoby to, że nie został wprowadzony w błąd. Wykluczenie wykonawcy w oparciu o ten przepis możliwe byłoby tylko na zarzut innego wykonawcy. Po drugie, przyjęcie takiego stanowiska oznaczałoby, że o tym, czy wykonawca zostanie wykluczony z postępowania nie decydowałyby okoliczności o charakterze obiektywnym, ale subiektywne właściwości intelektualne i zdolności percepcji osób po stronie zamawiającego. W niektórych sytuacjach prowadzenie takich ustaleń wymagałoby wiadomości specjalnych i przeprowadzania dowodu z opinii biegłego na okoliczność, czy w danych okolicznościach zamawiający miał czy nie miał obowiązku dostrzeżenia, iż przedstawiane mu informacje są nieprawdziwe. Zaakceptowanie takiego stanowiska skutkowałoby także nierównym traktowaniem wykonawców. Ci wykonawcy, którzy składaliby zamawiającemu dokumenty możliwe do weryfikacji na podstawie dokumentacji dostępnej zamawiającemu traktowani byłoby korzystniej od tych, którzy powołali się na realizację nieznane zamawiającemu. Pierwsza kategoria wykonawców mogłaby niejako bezkarnie składać zamawiającemu nieprawdziwe informacje. Kierując się powyższymi argumentami należało dojść do wniosku, że stanowisko zamawiającego i przystępującego, jako naruszające naczelną zasadę równego traktowania wykonawców traktowania wykonawców, powinno zostać odrzucone.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że – w okolicznościach danej sprawy – odwołujący nie wykazał, aby złożenie przez przystępującego informacji wprowadzających w błąd było wynikiem „rażącego niedbalstwa” (art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp) lub lekkomyślności czy niedbalstwa, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że przystępujący mógł działać w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu, że wskazana przez niego osoba, przy opracowaniu dokumentacji projektowych wymienionych w wykazie, pełniła funkcję projektanta. Dostrzeżenia wymagało, że w jednym z dokumentów urzędowych, jakim była decyzja organu administracji, osobę wskazaną w wykazie określono mianem projektanta. W tym zakresie na uwagę zasługiwała w szczególności decyzja Wojewody Podlaskiego z dnia 26 października 2017 r. nr AB-7840.5.55.2017.WB (znajdująca się w dowodzie nr 10, złożonym przez zamawiającego). W ww. decyzji organ zatwierdzając pozwolenie na budowę nazywał kwestionowaną osobę projektantem, pomimo iż w załączniku nr 1 do tej decyzji – projekcie budowlanym – posłużono się sformułowaniem „sprawdzający”. Przypomnienia wymagało, że zgodnie z art. 244 § 1 KPC, *dokumenty urzędowe, sporządzone w przepisanej formie przez powołane do tego organy władzy publicznej i inne organy państwowe w zakresie ich działania, stanowią dowód tego, co zostało w nich urzędowo zaświadczone*. W tej sytuacji, przystępujący miał prawo działać w zaufaniu do dokumentu urzędowego, jakim była omawiana decyzja, która cieszyła się domniemaniem zgodności z rzeczywistością. Zdaniem Izby wykonawca, biorąc pod uwagę profesjonalny charakter prowadzonej przez siebie działalności, ubiegając się o publiczny kontrakt obowiązany jest zweryfikować przekazywane przez siebie dane. W przypadku wypełniania wykazu doświadczenia osób kierowanych do realizacji zamówienia nie może opierać się wyłącznie na zapewnieniach samej osoby proponowanej na dane stanowisko, bez sprawdzenia tych oświadczeń w innych, niezależnych źródłach. Jednakże, w analizowanej sprawie, gdy nawet niektóre dokumenty urzędowe zawierały informacje niezgodne z rzeczywistością, przystępującemu nie można przypisać jakiegokolwiek winy przy przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd.

Druga nieprawdziwa informacja, na której złożenie zwrócił uwagę odwołujący, dotyczyła pierwszego z projektów wymienionych w wykazie doświadczenia zawodowego osoby wskazanej przez przystępującego na stanowisko projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej.

Ustalono, że przystępujący rzeczywiście podał w wykazie niezgodną z rzeczywistością informację, jakoby ww. osoba brała na tym projekcie udział w opracowaniu także projektu wykonawczego. Okoliczność ta nie była sporna pomiędzy stronami (por. pismo zamawiającego z 18 grudnia 2018 r., pismo przystępującego z dnia 4 stycznia 2019 r., pismo procesowe przystępującego).

Uszło jednak uwadze odwołującego, że informacja ta była nieistotna dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Podkreślenia wymagało, że zamawiający, opisując w SIWZ wymagane doświadczenie projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej wskazał, że osoba ta musiała *w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert uczestniczyć*

- w charakterze projektanta przy opracowaniu dokumentacji projektowej budynku użyteczności publicznej, (...)

i

- uczestniczyć w charakterze projektanta przy opracowaniu dokumentacji dla realizacji obiektów obsługi komunikacyjnej ruchu pasażerskiego: budowy dworców kolejowych lub budowy autobusowych obiektów dworcowych lub portów lotniczych,

w oparciu o które to dokumentacje projektowe uzyskano ostateczne decyzje o pozwoleniu na budowę.

Przystępujący słusznie zauważył, że dla spełnienia ww. warunku bez znaczenia pozostał fakt wykonania bądź niewykonania projektu wykonawczego. Istotny był fakt uzyskania w oparciu o dokumentację projektową pozwolenia na budowę. Pozwolenie na budowę zostało natomiast wydane na podstawie opracowanego projektu budowlanego. W związku z tym nieprawdziwa informacja nie mogła mieć żadnego wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, ani nie była informacją odnoszącą się do warunku udziału w postępowaniu, w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę powyższe stwierdzono, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Za chybiony uznano zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji także zarzut naruszenia art.

24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez wezwanie przystępującego do uzupełnienia wykazu osób pismem z dnia 18 grudnia 2018 r. o informację o nowej osobie wskazanej na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą na stanowisko projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej.

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

Stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, *jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.*

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (...).*

Art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.*

Art. 56 ust. 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/WE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE stanowi, że *jeżeli informacje lub dokumentacja złożone przez wykonawców są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy brakuje konkretnych dokumentów, instytucje zamawiające mogą – chyba że przepisy krajowe wdrażające niniejszą dyrektywę stanowią inaczej – zażądać, aby wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali te informacje lub dokumentację w odpowiednim terminie.*

Jak ustalono wcześniej, niezgodne z rzeczywistością okazały się podane przez przystępującego informację, jakoby osoba wskazana w pierwotnym wykazie na stanowisko projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej posiadała doświadczenie zdobyte na wskazanych projektach w charakterze projektanta. Powyższe oświadczenia, choć istotne z punktu widzenia warunku udziału w postępowaniu, z przyczyn omówionych wcześniej, nie skutkowały jednak koniecznością wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Nie ulegało także wątpliwości, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 18 grudnia 2018 r., skierowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, przystępujący złożył 4 stycznia 2019 r. uzupełniony wykaz osób. Co istotne, w wykazie tym na stanowisko projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej zaproponował inną osobę, niż wskazaną w pierwotnym wykazie. W tej sytuacji rozstrzygnięcia wymagał kolejny zarzut odwołującego, który wywiódł, że przystępujący tym samym dopuścił się zmiany oferty, niedopuszczalnej w świetle w szczególności dwóch orzeczeń TSUE w sprawie Esaprojekt C-387/14 i Archus C-131/16.

Na wstępie należało podzielić stanowisko odwołującego, że dopuszczalność zmiany oferty, w tym również dokonywanej na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, musi być oceniana przez pryzmat zasad wynikających m.in. z przywołanego przez odwołującego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej a także prawa unijnego.

Dostrzeżenia wymaga, że Krajowa Izba Odwoławcza jest sądem w rozumieniu art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej „TFUE”, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z 2012 r. C 326, s.1). Powyższy status KIO potwierdził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 (Forposta i ABC Direct Contact) stwierdzając, że KIO jest sądem w rozumieniu art. 267 TFUE, gdy wykonuje swoje kompetencje objęte zakresem wymienionych przepisów, co ma miejsce w ramach postępowania głównego. Izba jako sąd prawa krajowego obowiązana jest dokonywać wykładni przepisów prawa krajowego z uwzględnieniem reguł wykładni prounijnej, co w świetle orzecznictwa TS UE wynika z art. 10 TWE (zasada solidarności, obecnie art. 4 Traktatu o Unii Europejskiej), oraz z art. 249 akapit 3 TWE (obecnie 288 TFUE, który nakłada na państwa członkowskie obowiązek osiągnięcia w prawie krajowym zakładanego przez nie rzeczywistego rezultatu) (por. m.in. wyrok TS z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie 14/83 Sabine von Colson i Elisabeth Kamann przeciwko Land Nordrhein-Westfalen, Zb.Orz. 1984, str. 1891, pkt 26 (w skrócie von Colson); wyrok TS z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie Dorit Harz przeciwko Deutsche Tradax GmbH, Zb.Orz. 1984, str. 1921, pkt 26 (w skrócie Harz); wyrok TS z dnia 13 listopada 1990 r. w sprawie C-106/89 Marleasing SA przeciwko La Comercial Internacional de Alimentacion SA, Zb.Orz 1990, str. I-4135, pkt 8 (w skrócie Marleasing); wyrok TS z dnia 5 października 1994 r. w sprawie C-165/91 Simon J. M. van Munster przeciwko Rijksdienst voor Pensioenen, Zb. Orz. 1994, str. I-04661, pkt 32).

Jak wskazano w orzeczeniu TS UE w sprawie von Colson, sąd krajowy stosując prawo krajowe jest obowiązany do wykładni tego prawa w świetle brzmienia i celu dyrektywy. Z kolei z wyroku TS UE w sprawie Marleasing wynika, że wykładnia prounijna prawa krajowego powinna sięgać tak daleko, jak to jest możliwe (ang. so far as possible). Ponadto, jak wynika z orzecznictwa TS UE, rezultatem wykładni prawa krajowego zgodnej z dyrektywami (w przeciwieństwie do reguł wykładni opartej na zasadzie bezpośredniego działania prawa unijnego) może być nałożenie na jednostkę obowiązków, które nie wynikały uprzednio z prawa krajowego (poza prawem karnym) (por. A. Wróbel, Sądowa wykładnia prawa państwa członkowskiego UE zgodnie z dyrektywami WE/UE).

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, obowiązek sądu krajowego wykładni zgodnej z dyrektywą jest bowiem przedłużeniem obowiązku państwa członkowskiego należytej implementacji dyrektywy na poziomie orzecznictwym, jeżeli bez niej nie może zostać osiągnięty cel harmonizacji, a mianowicie nie tylko formalne, ale także rzeczywiste ujednoczenie porządku prawnego we Wspólnocie. Oznacza to, że sądy krajowe są włączone w proces implementacji dyrektyw, który obejmuje zasadniczo dwa etapy, a mianowicie etap legislacyjnej transpozycji dyrektywy do krajowego porządku prawnego (etap stanowienia prawa krajowego) i etap sądowej korekty niewłaściwej lub spóźnionej transpozycji lub albo jej braku w formie wspólnotowych lub krajowych instrumentów, w tym zwłaszcza obowiązek wykładni zgodnej (etap stosowania prawa krajowego) (por. A. Wróbel, Sądowa wykładnia prawa państwa członkowskiego UE zgodnie z dyrektywami WE/UE).

Zdaniem Izby przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp należy interpretować przez pryzmat reguł wynikających z przepisów prawa unijnego, które implementuje, a także reguł i wskazówek wynikających z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Dostrzeżenia wymaga, że w art. 56 ust. 3 nowej dyrektywy 2014/24/WE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych wskazano wyraźnie, że *jeżeli informacje lub dokumentacja złożone przez wykonawców są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy brakuje konkretnych dokumentów, instytucje zamawiające mogą – chyba że przepisy krajowe wdrażające niniejszą dyrektywę stanowią inaczej – zażądać, aby wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali te informacje lub dokumentację w odpowiednim terminie, pod warunkiem pełnego poszanowania zasad równego traktowania i przejrzystości.* Jak wynika z przywołanego przepisu,

wszelkie próby poprawienia lub uzupełniania ofert prawodawca unijną reglamentuje i uzależnia od pełnego poszanowania zasad równego traktowania i przejrzystości. Zasadą, na gruncie ww. przepisu jest niezmiennosc ofert, w tym pod względem podmiotowym, wywodzona konsekwentnie przez Trybunał w kolejnych wyrokach z zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz przejrzystości i która została wyraźnie wyartykułowana nie tylko w art. 7 ust. 1 Pzp, ale także w art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp.

Zdaniem Izby aktualność w tym zakresie zachowują wskazówki wynikające także z wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie o sygn. akt C -387/14 Esaprojekt przeciwko Województwu Łódzkiemu z 4 maja 2017 r. W wyroku Trybunał wyraził pogląd, że *artykuł 51 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w związku z art. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak omowa zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia.* (wyrok dostępny na stronie internetowej UZP https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0020/34652/Orzeczenie_C-387_14.pdf).

Wyrok ten zapadł na tle przepisów poprzedniej dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. 2004 L 134, s. 114). Jednakże, wyrok ten powinien być wskazówką wyznaczającą dopuszczalność poprawiania i uzupełniania ofert także obecnie, pod rządami dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/WE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE. Dostrzeżenia wymagało, że omawiany wyrok został wydany na tle zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, które w dalszym ciągu pozostały głównymi zasadami dyrektywy 2014/24/WE (por. art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/WE i art. 2 dyrektywy 2004/18/WE). Nie uległy także zmianie zasady uzupełniania i wyjaśniania dokumentów (art. 51 dyrektywy 2004/18/WE i art. 56 ust. 3 dyrektywy 2014/24/WE).

Tym niemniej jednak Izba nie dopatrzyła się w – w okolicznościach danej sprawy – takiego uzupełnienia oferty, które prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i przejrzystości.

W tym zakresie przeanalizowano stan faktyczny i rozważania poczynione przez Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu z dnia 4 maja 2017 r. wydanym w sprawie C-387/14 Esaprojekt.

41. *W niniejszym przypadku Konsultant Komputer przedłożył instytucji zamawiającej po upływie terminu zgłoszeń do udziału w rozpatrywanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumenty, które nie znajdowały się w jego pierwotnej ofercie. W szczególności, jak wskazano w pkt 27 niniejszego wyroku, wykonawca ten wskazał zamówienie zrealizowane przez podmiot trzeci oraz dostarczył zobowiązanie tego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji zamówienia rozpatrywanego w postępowaniu głównym.*

42. *Takie wyjaśnienia z pewnością zaś nie są jedynie zwykłym wyjaśnieniem szczegółów lub sprostowaniem oczywistej omyłki w rozumieniu orzecznictwa przypomnianego w pkt 38 niniejszego wyroku i stanowią de facto istotną i znaczącą zmianę pierwotnej oferty, przypominającą raczej przedstawienie nowej oferty.*

43 *Jak bowiem wskazał w istocie rzecznik generalny w pkt 30 opinii, takie uzupełnienie dokumentów ma bezpośredni wpływ na kluczowe elementy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż warunkuje samą tożsamość wykonawcy, któremu zostanie ewentualnie udzielone zamówienie, oraz na wynik weryfikacji zdolności tego wykonawcy, a zatem jego zdolności do zrealizowania rozpatrywanego zamówienia w rozumieniu art. 44 ust. 1 dyrektywy 2004/18.*

Jak wynikało z przywołanego orzeczenia, Trybunał za niedopuszczalne uznał takie uzupełnienie, poprawienie oferty, które warunkowałoby samą tożsamość wykonawcy oraz takie, które warunkowałoby wynik weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia.

Izba stwierdziła, że w przeciwieństwie do ww. sprawy rozstrzyganej przez Trybunał, w analizowanej sprawie dokonana przez przystępującego zmiana osoby proponowanej na stanowisko projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej nie warunkowała samej tożsamości wykonawcy. Wzięto pod uwagę, że – jak wynikało z pierwotnego i uzupełnionego wykazu osób - przystępujący dysponował bezpośrednio obiema osobami proponowanymi na stanowisko projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej. Analiza wykazów prowadziła do wniosku, że w szczególności wykonawca nie dysponował tymi osobami na podstawie zobowiązania jakiegoś podmiotu trzeciego, który by taki zasób oddelegował. W tej sytuacji, dokonana zmiana nie prowadziła do zmiany tożsamości wykonawcy. Tymczasem w sprawie rozstrzyganej przez Trybunał skutkiem uzupełnienia wykazu usług okazała się zmiana tożsamości wykonawcy, który po zmianie musiał realizować zamówienie w innej niż pierwotna konfiguracji podmiotowej, a mianowicie przy udziale podmiotu trzeciego, którego obecności w momencie składania oferty nie zakładał.

W dalszej kolejności rozważenia wymagało, czy zmiana oferty mogła być potencjalnie uznana jako „modyfikacja zdolności do zrealizowania rozpatrywanego zamówienia w rozumieniu art. 44 ust. 1 dyrektywy 2004/18”. W tym kontekście na uwagę zasługiwał fakt, że zamawiający na moment ofertowania nie wymagał podania szczegółowych danych dotyczących osób proponowanych na poszczególne stanowiska, w tym projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej. W rozdziale X SIWZ zamawiający dopuścił, aby wykonawcy, celem wstępnego potwierdzenia, że spełniają warunki udziału w postępowaniu złożyli dokument JEDZ. Co istotne jednak, zamawiający umożliwił wykonawcom wypełnienie w części IV (kryteria kwalifikacji) JEDZ jedynie sekcji α, obejmującej tylko ogólne oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Kierując się tymi wskazówkami, przystępujący – w odniesieniu do warunków dysponowania osobami - w ofercie ograniczył się do złożenia takiego właśnie oświadczenia. W tym kontekście, dokonana przez niego zmiana osoby w dokumentach potwierdzających wstępne oświadczenie, jakimi były niewątpliwie wykazy osób, nie prowadziła do zmiany tego wstępnego, pierwotnego, ogólnego oświadczenia o spełnieniu warunków zawartego w dokumencie JEDZ.

Wobec powyższego Izba, doszła do przekonania, że w tym konkretnym stanie faktycznym sporne uzupełnienie oferty okazało się dopuszczalne, gdyż nie prowadziło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, zasady przejrzystości a także reguł wynikających z przywołanego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

W konsekwencji bezzasadny okazał się także zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, gdyż przystępujący potwierdził spełnienie spornego warunku przez wskazanie nowej osoby na stanowisko projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej, której doświadczenie zawodowe nie było – w ramach tego postępowania odwoławczego - kwestionowane.

Za zasadny uznano zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, *postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne*. Zgodnie z art. 8 ust. 3

ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Stosownie do art. 11 ust. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. t. j. z 2018 r. poz. 419 ze zm.) 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.

Ustalono, że przystępujący zastrzegł, jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa, wypełniony przez siebie „wykaz doświadczenia osoby wskazanej na potrzeby weryfikacji kryterium oceny ofert” (s. 7-9 oferty), zobowiązanie podmiotu trzeciego SUDOP Praha a.s. (s. 32 – 33 oferty) i zobowiązanie podmiotu trzeciego Metropolis sp. z o.o. sp. k. (s. 40-41 oferty).

Ustalono także, że na str. 22-30 oferty przystępujący przedstawił uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ustalono ponadto, że przystępujący zastrzegł także, jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa, wykaz osób i wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, załączone do pisma z dnia 26 listopada 2018 r. Wskazał, że wnosi o ich nieudostępnianie, zgodnie z zastrzeżeniem załączonym do oferty w dniu 31.10.2018 r.

Ustalono dodatkowo, że przystępujący zastrzegł także, jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa, uzupełniony wykaz osób, załączony do pisma z dnia 4 stycznia 2019 r. Wskazał, że wnosi o jego nieudostępnianie, zgodnie z zastrzeżeniem załączonym do oferty w dniu 31.10.2018 r.

Ustalono również, że przystępujący zastrzegł także, jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa, wyjaśnienia z dnia 10 stycznia 2019 r. dotyczące wykazu usług. Wskazał, że wnosi o ich nieudostępnianie. Powołał się na wyjaśnienie zastrzeżenia załączone do oferty.

Zamawiający uznał zastrzeżenie ww. dokumentów za skuteczne i wobec powyższego nie udostępnił ich odwołującemu.

Przypomnienia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle znowelizowanego art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Dostrzec należy, że w poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: „Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regulom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.”

Jak wynika z powołanego przepisu na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolę zamawiającego w toku badania ofert/wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. A już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, obowiązującego w dacie uzasadnienia zastrzeżenia.

Z przywołanego przepisu wynika także termin, w jakim powinno nastąpić wykazanie skuteczności zastrzeżenia. W odniesieniu do informacji znajdujących się w ofercie termin ten został wprost wskazany co oznacza, że wykonawca zobowiązany jest nie tylko wyjaśnić, ale i wykazać skuteczność zastrzeżenia zamawiającemu i to w określonym czasie, a mianowicie do upływu terminu składania ofert.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, wykonawca zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

Ustawodawca w art. 11 ust. 2 uznk, przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej.

W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie uznk podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się

„wartością gospodarczą” (S. Sołtysiński w: *Komentarz do art. 11 ZNKU*, w: *Komentarz ZNKU pod red. J. Szwej* Warszawa 2006, str. 447 K. Korus, *Komentarz do art. 11 UZNK. System Informacji Prawniczej Lex, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, s. 5). W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa (E. Wojcieszko-Głusko, *Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji*, *Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ*, 2005/86, str. 7, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS *Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r.*, który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu), przewidującego że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do sformułowania przepisu art. 11 ust. 2 uznk. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów.

Po drugie zaś, nie posiada waloru tajemnicy przedsiębiorstwa informacja, która jako całość bądź element większego zbioru jest powszechnie znana lub łatwo dostępna, z tym zastrzeżeniem, że chodzi tu znajomość lub dostępność dla profesjonalisty w dziedzinie danej informacji.

Po trzecie zaś, uprawniony musiał wykazać się należytą starannością, aby informacje pozostały poufne.

W pierwszej kolejności odwołujący podniósł w odwołaniu, że uzasadnienie zastrzeżenia wykazu usług i wykazu osób należało uznać za nieskuteczne z tego powodu, że dołączono je już do oferty, podczas gdy wykaz osób i usług złożono dopiero przy piśmie przystępującego z dnia 26 listopada 2018 r. Stanowisko odwołującego okazało się chybione. Wzięto pod uwagę, że obowiązujące przepisy wyznaczają jedynie końcowy termin na wykazanie skuteczności zastrzeżenia. Tym końcowym momentem jest chwila składania zastrzeganych dokumentów (np. w odniesieniu do dokumentów składanych wraz z ofertą jest to chwila składania ofert - por. treść art. 8 ust. 3 ustawy Pzp). Natomiast nie ma żadnych przeszkód, aby wykonawca, który wie, jakie dokumenty zamierza złożyć, przedstawił uzasadnienie ich zastrzeżenia jeszcze przed przedstawieniem zamawiającemu zastrzeganych dokumentów.

W dalszej kolejności Izba przeanalizowała merytorycznie uzasadnienie zastrzeżenia, jakie przystępujący sporządził na str. 22-30 oferty i zastrzeżone informacje. Stwierdziła, że w analizowanej sprawie przystępujący nie sprostął ciężarowi łącznego udowodnienia przesłanek definicji legalnej pojęcia „tajemnicy przedsiębiorstwa”. W konsekwencji zaś zamawiający z naruszeniem art. 8 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp zaniechał czynności odtajnienia spornych informacji.

Co do uzasadnienia zastrzeżenia zobowiązań podmiotów trzecich, wykazu usług, referencji i wyjaśnień z 10.01.2019 r. za nieprawdziwe należało uznać oświadczenia przystępującego, jakoby zamierzał chronić informacje o tym, jakie podmioty trzecie udostępniły mu zasoby i z jakimi podmiotami współpracuje. Przystępujący wskazał także, że wie o tym, z jakimi podmiotami współpracuje może zachwiać jego pozycją konkurencyjną na rynku.

Wzięto pod uwagę, że przystępujący na stronach 2 i 3 części jawnej oferty wskazał, że podmiotami, z którymi współpracuje są SUDOP Praha a.s. i Metropolis sp. z o.o. sp. k. W związku z tym wskazywany powód ochrony informacji okazał się nieprawdziwy, skoro sam wykonawca te kategorie informacji ujawnił. Skutkiem takiego działania przystępującego było to, że każdy z wykonawców miał możliwość ustalenia zwykłą drogą, poprzez lekturę jawnej części oferty przystępującego, z jakimi podmiotami ten współpracuje.

W dalszej kolejności przystępujący wskazał, że musi chronić dane dotyczące kontraktów podmiotów trzecich, a mianowicie informacje o wartości i charakterze wykonywanych przez nich usług.

Stwierdzono, że przystępujący nie wykazał, iż ujawnione przez niego podmioty trzecie te informacje traktują jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa. Nie wykazał także, że również podmioty te podejmują jakiegokolwiek działania celem zachowania tych danych w poufności. Na tę okoliczność nie przedstawiono zamawiającemu żadnego dowodu. Uzasadnienie sporządzone przez przystępującego prowadziło do wniosku, że jest to wyłącznie tajemnica przedsiębiorstwa przystępującego, a nie jego kontrahentów. Ponadto przystępujący omówił jedynie własne działania podejmowane celem zachowania własnej tajemnicy przedsiębiorstwa w poufności. Wobec powyższego stwierdzono, że przystępujący nie może traktować jako tajemnicy przedsiębiorstwa danych jego kontrahentów, których ci nie traktują jako swej tajemnicy.

W dalszej kolejności przystępujący podniósł, również w odniesieniu do własnego zasobu doświadczenia ujawnionego w wykazie usług, że dane te zawierają informacje na temat tego, jakimi jednostkami są odbiorcy jego usług (prywatne czy publiczne, administracja rządowa i samorządowa).

Dostrzeżenia wymagało, że w odniesieniu do własnych zasobów doświadczenia przystępujący ograniczył się do wskazania w wykazie usług dwóch kontraktów zrealizowanych na rzecz tego samego podmiotu. W szczególności przystępujący nie przedstawił spisu wszystkich projektów, w jakich w przeszłości brał udział. Nie wiadomo zatem, o jakiej strategii kontraktowania konkurenci miałby wnioskować na podstawie tego wykazu, skoro wykonawca ograniczył się do podania tylko dwóch kontraktów wykonanych na rzecz jednego zleceniodawcy. Lektura odtajnionego zestawienia, zawierającego fragmentaryczne informacje na temat kontraktów, w jakich przystępujący brał udział, nie może w tej sytuacji doprowadzić do ustalenia struktury doświadczenia posiadanego przez przystępującego.

W dalszej kolejności przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia wywiódł, że w oparciu o odtajniony wykaz usług konkurenci będą mogli ustalić wielkość przychodów osiągniętych w trakcie realizacji wymienionych kontraktów. Dostrzeżenia wymagało, że w przypadku tych dwóch kontraktów wielkość przychodów jest możliwa do ustalenia z łatwością w oparciu o publiczne publikatory.

Wobec powyższego stwierdzono, że zamawiający zobowiązany być uznać za bezskuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu od wykazu usług, referencji oraz wyjaśnień dotyczących tego wykazu, a także zobowiązań podmiotów trzecich.

Izba stwierdziła także, że przystępujący nie zdołał wykazać zamawiającemu skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa także w odniesieniu do wykazu osób i wykazu doświadczenia osoby, złożonego celem oceny w kryterium oceny ofert.

Jeśli chodzi o tę kategorię informacji, to przystępujący podniósł w uzasadnieniu, że potrzeba chronienia danych wynika z tego, iż „ujawnienie informacji umożliwiłoby przejęcie przez podmioty konkurencyjne osób, z którymi nawiązał współpracę i którymi zamierza się posłużyć się w trakcie wykonywania zamówienia”. Przystępujący wskazał także, że powyższe jest kluczowe w przypadku przedsiębiorcy działającego w sektorze usług realizowanych na rzecz klientów.

Podzielono stanowisko odwołującego, że w tym zakresie przystępujący nie podał żadnych konkretnych, a jego twierdzenia pozostały gołosłowne. W pierwszej kolejności podkreślenia wymagało, że wykonawca podał zamawiającemu w wykazach ograniczoną ilość informacji, sprowadzającą się do imienia i nazwiska, numeru uprawnień oraz fragmentu informacji na temat doświadczenia zawodowego osób. Przystępujący nie wyjaśnił, jaką wartość gospodarczą posiadają te ograniczone informacje, ani w jaki sposób ich utajnienie zapobiegnie przejmowaniu pracowników. Na uwagę zasługiwał fakt, że w zastrzeżonych dokumentach nie podawano informacji o wynagrodzeniu, jakie przystępujący oferuje swym specjalistom. Nie było tam też danych o całości doświadczenia zawodowego. Na podstawie odtajnionego wykazu konkurenci przystępującego nie dowiedzą się więc o warunkach finansowych jego współpracy ze specjalistami. Nie będą też mogli ocenić ich przydatności w kolejnych przetargach, skoro w wykazie podawany był jedynie urywek ich doświadczenia zawodowego i to opisany na potrzeby wykazania szczegółowego warunku udziału w tym konkretnym postępowaniu.

Przystępujący nie wyjaśnił także, z czego konkretnie wynika jego rzekoma obawa przejścia specjalistów. O prawdopodobieństwie odejścia współpracowników można byłoby mówić wtedy, gdyby przystępujący oferował swym specjalistom nieatrakcyjne, nierynkowe wynagrodzenie czy stawki. Przystępujący w złożonym uzasadnieniu nie udowodnił takiego faktu. Nie wykazał, jakie stawki oferuje swym specjalistom, nie udowodnił, że są to stawki nierynkowe, ani o ile odbiegają od stawek oferowanych na rynku. W braku dowodu przeciwnego, a nawet w braku przeciwnych twierdzeń przystępującego, należało dojść do wniosku, że są to stawki rynkowe, a co za tym idzie obawa podkupywania nie istnieje. Niezależnie od powyższego należało przyznać rację odwołującemu, iż stanowisko przystępującego w zakresie przejmowania specjalistów pozostało gołosłowne, gdyż nie zostało poparte jakimkolwiek dowodem.

Zdaniem Izby na uwagę zasługiwał fragment wyjaśnień, w którym przystępujący jednoznacznie i stanowczo oświadczył, że proponowany przez niego zespół osób nie ma charakteru doraźnego, nie został stworzony wyłącznie na potrzeby tego postępowania. Wskazał także, że osoby wymienione w wykazie stanowią zespół, który przystępujący kompletował na przestrzeni kilku lat swej działalności.

W tym kontekście dostrzeżenia wymagało, że – jak wynikało z wykazów osób - osoby tam wymienione były w przeszłości uczestnikami jawnych procesów projektowych. Dane tych osób podlegały zatem ujawnieniu w sporządzanych przy ich udziale dokumentacjach projektowych. Wiedza o udziale w tych procesach i związkach z przystępującym, po kilku latach jest z pewnością łatwo dostępną konkurentom przystępującego. Nawet jeśli w postępowaniach prowadzonych przykładowo 2 lata temu konkurenci przystępującego nie wiedzieli, kto był projektantem z jego strony, to jednak po kilku latach mogą ten fakt z łatwością ustalić sięgając choćby do opracowań projektowych, jakie zostały w tym czasie wykonane. Skoro, jak wskazał sam przystępujący jego zespół jest stały na przestrzeni kilku lat, to wiedza na temat tego zespołu jest łatwo dostępną konkurentom.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie w zebranych w sprawie materiale dowodowym. Skutkiem bezzasadnego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest leżący po stronie zamawiającego obowiązek odtajnienia takich danych. W uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 wyraźnie stwierdzono, że *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. Skoro zatem zamawiający stwierdził bezskuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to jego obowiązkiem było odtajnienie danych nieskutecznie zastrzeżonych.* Wobec powyższego nakazano zamawiającemu odtajnienie informacji, co do których nie wykazano, iż stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego.

Znalazł potwierdzenie także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający bezzasadnie odmawiając odwołującemu udostępnienia informacji, które nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa naruszył zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu. Naruszeniem tych zasad jest bowiem wybiórcze udostępnianie niektórym wykonawcom dokumentów, które powinny być jawne.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 i 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia części odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1, 2 sentencji) i formalnym (pkt 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający z naruszeniem zasady jawności postępowania zaniechał czynności odtajnienia dokumentów przedstawianych przez przystępującego celem oceny w pozacenowym kryterium oceny ofert a także celem wykazania warunków udziału w postępowaniu. Powyższe uniemożliwiło innym wykonawcom skorzystanie ze środków ochrony prawnej w zakresie punktacji przyznanej przez zamawiającego w tym kryterium przystępującemu, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą, a także w zakresie oceny spełnienia przez przystępującego warunków udziału w postępowaniu.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w złożonych przez przystępującego dokumentach, wymienionych w sentencji.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Oдноśnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2

sentencji. Jednocześnie jednak informacja o częściowym oddaleniu odwołania musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten, wypowiadając się o praktyce Izby oddalania części zarzutów odwołania w uzasadnieniu, jednoznacznie uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 830/18 i postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 października 2018 r. sygn. akt XXII Ga 1123/18. W tym ostatnim postanowieniu Sąd Okręgowy wskazał, co następuje: „Nie budziło zatem wątpliwości, że odwołanie zostało uwzględnione jak i oddalone w równych (co do ilości zarzutów) częściach, w tym uwzględnione co do obu zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, co do której to czynności został wniesiony sprzeciw. Odwołujący R.S. i wnoszący sprzeciw przystępujący Wykonawca TPF Sp. z o. o. wygrali zatem i jednocześnie przegrali w połowie.

Sąd Okręgowy przychylił się do zarzutu skargi na wyrok KIO i głównej tezy jej uzasadnienia, zgodnie z którą wynik sprawy winien być badany w odniesieniu do ilości uwzględnionych i oddalonych zarzutów. Na przyjęcie takiego stanowiska, w ocenie Sądu Okręgowego, pozwala przepis 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, zgodnie z brzmieniem którego w przypadkach nieuregulowanych w 5 ust. 1-3 Izba powinna orzec o kosztach postępowania uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Jednocześnie zauważyć należało, że żaden przepis nie reguluje wprost sytuacji, w której odwołanie odwołującego lub wnoszącego sprzeciw zostało uwzględnione dokładnie w połowie. Przepisy §5 ust. 2 jak i ust. 3 rozporządzenia dotyczą bowiem uwzględnienia lub oddalenia odwołania w całości, a zatem nie mogły stanowić oparcia dla rozstrzygnięcia o kosztach niniejszego postępowania.

W tym stanie rzeczy koszty postępowania należało rozliczyć proporcjonalnie do wyniku postępowania wywołanego odwołaniem wniesionym przez Odwołującego R. S.. Takie rozwiązanie jest zgodne z art. 192 ust. 10 pzp ustanawiającym zasadę orzekania stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.”

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia - częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku ½ (zarzuty dotyczące zaniechania czynności odtajnienia dokumentów złożonych przez przystępującego) i chybione w pozostałej części (zarzuty dotyczące zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu). Kosztami postępowania po połowie obciążono zatem zamawiającego i odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł, koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600 zł oraz koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł (łącznie 22.200 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (15.000 + 3.600), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 11.100 zł (22.200,00 zł x 50%). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7.500 zł (18.600 – 11.100,00), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:.....