Sygn. akt: KIO 1387/15

POSTANOWIENIE
z dnia 6 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący - członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: Rafał Komoń
po rozpoznaniu w Warszawie w dniu **6 lipca 2015 r.** na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **29 czerwca 2015 r.** przez **Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A., ul. Strzegomska 55A, 53-611 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-System S.A. ul. Mszczonowska nr 4, 02-337 Warszawa,** przy udziale wykonawców zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego:
A. po stronie zamawiającego - **MGGP S.A. ul. Kaczkowskiego nr 6, 33-100 Tarnów**
B. po stronie odwołującego - **ILF Consuting Engineers Sp. z o.o. ul. Osmańska 12, 02-823 Warszawa**

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie wykonawcy **Biura Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A., ul. Strzegomska 55A, 53-611 Wrocław ,**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A., ul. Strzegomska 55A, 53-611 Wrocław ,**
   2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A. ul. Strzegomska 55A, 53-611 Wrocław ,** tytułem wpisu od odwołania

---

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie - 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 1387/15

U z a s a d n i e n i e:

W postępowaniu o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu ograniczonego, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym UE 2014/S 053-093327 z 17.03.2015 r.) pn. "Budowa międzysystemowego gazociągu stanowiącego połączenie systemów przesyłowych Rzeczpospolitej Polskiej i Republiki Słowackiej wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi, tj. budowa Tłoczni Strachocina - dokumentacja, PFU i nadzór autorski", w dniu 29 czerwca 2015 r. zostało złożone odwołanie przez wykonawcę Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A. z siedzibą we Wrocławiu, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia przez zamawiającego w dniu 19 czerwca 2015 r., iż wniosek złożony przez MPPG S.A. w zakresie Wykazu osób, które będą wykonywać zamówienie - pozostawił utajniony ze względu na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnego z prawem zaniechania zamawiającego polegającego na nie udostępnieniu odwołującemu na jego wniosek kompletnego wniosku o

dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez MGGP S.A., a tym samym działaniu niezgodnym z prawem - polegającym na nie odtajnieniu dokumentów, które nie spełniają przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa określonej w art. 11 ust. 4 ustawy z dn. 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r.. Nr 153, poz. 1503 ze zm.).

Odwołujący wyjaśniał, że w dniu 19 czerwca 2015 r. otrzymał pocztą elektroniczną (w odpowiedzi na swój wniosek z dnia 6 maja 2015 r.) zeskanowane wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożone przez pozostałych wykonawców. Jednocześnie zamawiający poinformował, iż w odniesieniu do wniosków złożonych przez MPPG S.A. oraz OTS-IP sp. z o.o. przesyła jedynie jawną ich część, a w pozostałym zakresie pozostają one utajnione ze względu na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym odwołujący uznał, że w dniu 19 czerwca 2015 r. powziął wiedzę, iż zamawiający zaniechał odtajnienia części dokumentów, a zatem ten dzień uznał też za początkowy do terminu wniesienia odwołania.

Dowód: wiadomość e-mail zamawiającego z dn. 19.06.2015 r. (zał. 1)

Odwołujący zaznaczał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia

oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Odwołujący uznał, że brak odtajnienia dokumentów stanowiących podstawę do oceny przez zamawiającego spełniania przez konkurentów warunków udziału w postępowaniu, uniemożliwia weryfikację, czy spełniają oni te warunki. Tym samym, odwołujący w razie uznania, że konkurent warunków takich nie spełnia, nie ma możliwości kwestionowania zaniechania wykluczenia danego wykonawcy. Mniejsza ilość wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu zwiększa szansę na uzyskanie danego zamówienia, a zatem w tym zakresie odwołujący wykazywał swój interes we wniesieniu odwołania. Legitymację swą uzasadnił również interesem powszechnym, gdyż zamówienia publiczne finansowane ze środków publicznych winny być udzielane jedynie podmiotom spełniającym warunki określone przez zamawiających, albowiem tylko takie podmioty dają rękojmię należytego wykonania zamówienia, i tym samym prawidłowego wydatkowania ograniczonych środków. Tylko w ten sposób zachowana może być uczciwa konkurencja między podmiotami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego, która stanowi naczelną zasadę ustawy Prawo zamówień publicznych (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Odwołujący uznawał, że może ponieść szkodę związaną z ewentualnym wyborem oferty MGGP S.A., co do którego w związku z nieodtajnieniem dokumentów załączonych do wniosku, odwołujący nie może zweryfikować spełniania warunków udziału w postępowaniu, a który, o ile warunków takich nie spełnia, w ogóle nie powinien być dopuszczony do udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Operatorowi Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) dalej ustawy Pzp, tj.:

1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) poprzez zaniechanie odtajnienia części dokumentów składających się na wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożony przez MGGP S.A. (od strony 59), mimo iż z obiektywnego punktu widzenia zastrzeżonych dokumentów nie sposób uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa ze względu na niespełnianie ustawowych przesłanek takiej tajemnicy, co skutkuje naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i jawności postępowania;

2) art. 96 ust 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 7 ust, 1 ustawy Pzp poprzez nieprzekazanie dokumentów, które w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego winny być jawne, co skutkuje naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i jawności postępowania;

3) art. 51 w związku art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez dokonanie oceny spełniania

warunków udziału w postępowaniu i podaniu informacji o ich wynikach bez jednoczesnego udostępnienia informacji zastrzeżonych, o których mowa zarzucie 1) powyżej, co uniemożliwia odwołującemu zapoznanie się z wnioskiem MGGP S.A. w zakresie osób mających uczestniczyć w realizacji zamówienia i skorzystanie z przysługujących mu środków ochrony prawnej, zmierzających do weryfikacji czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) odtajnienie dokumentów załączonych do wniosku MGGP S.A. o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (od strony 59 do strony 79);

2) unieważnienie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i ponowne zbadanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oraz

3) zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego wg norm przepisanych, w tym zwrotu kosztów zastępstwa prawnego w kwocie 3.600 zł.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podnosił, że przedmiotem zamówienia objęte jest wykonanie dokumentacji, PFU i pełnienie nadzoru autorskiego dla przedsięwzięcia „Budowa międzysystemowego gazociągu stanowiącego połączenie systemów przesyłowych Rzeczpospolitej Polskiej i Republiki Słowackiej wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi, tj. budowa Tłoczni Strachocina."

Odwołujący przyznał, że w dniu 15 czerwca 2015 r. zamawiający poinformował go drogą elektroniczną o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający uznał, że warunki spełniło czterech wykonawców, tzn. odwołujący, Biuro Projektów „Nafta-Gaz" sp. z o.o., MGGP S.A., ILF Consulting Engineers Polska sp. z o.o., zaś wykonawcę OTS-IP sp. z o.o. zamawiający wykluczył ze względu na nieuzupełnienie dokumentów i informacji w wyznaczonym terminie.

Dowód: informacja o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (zał. 3)

Wnioskiem z dnia 6 maja 2015 r. odwołujący w trybie art. 96 ust. 3 ustawy Pzp wystąpił do zamawiającego m.in. o przekazanie w formie elektronicznej wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wiadomością e-mail z dn. 19 czerwca 2015 r. zamawiający przesłał skany wniosków wraz z informacją, że część wniosków zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa, stąd udostępniono tylko tę część wniosków, która nie podlega utajnieniu.

Dowód: pismo odwołującego o udostępnienie wniosków pozostałych wykonawców **(zał. 4);** wiadomość e-mail zamawiającego z da 19 czerwca 2015 r. (zał. 1)

W swoim wniosku wykonawca MGGP S.A., jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł potencjał kadrowy - Wykaz osób przeznaczonych do wykonania zamówienia, posiadających wymagane przez zamawiającego kwalifikacje zawodowe. Zgodnie z sekcją III.2.3.2.a-h ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wymagał dysponowania osobami, które pełnić miały funkcję Kierownika Zespołu Projektowego, Projektanta Technologa, Projektanta Architekta, Projektanta Konstruktora, Projektanta Elektryka, Projektanta branży drogowej, Projektanta Automatyka, Koordynatora zespołu ds. decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach.

Odwołujący powoływał się na zasadę jawności postępowania w sprawie zamówień publicznych oraz jawność umów dotyczących zamówień publicznych ustanowioną w art. 8 ustawy Pzp, co gwarantuje przejrzystość prowadzonego postępowania. Informacja jest zaś jednym z czynników mających duże znaczenie gospodarcze w warunkach wolnego rynku. Gwarancja powszechnego dostępu do informacji o prowadzonych postępowaniach pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równości traktowania wykonawców. Przepis art. 8 ust. 2 ustawy Pzp przewiduje, że zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Natomiast art. 8 ust. 3 Pzp zawiera najistotniejsze odstępstwo od zasady jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż na jego podstawie - nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje mające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Dla uruchomienia ochrony wskazanej w ww. przepisie konieczne jest zatem, aby dana informacja była poufna, a więc nieujawniona. W tym celu powinna być odpowiednio zabezpieczona. Nadto informację taką powinna cechować „wartość gospodarcza". Przyjmuje się, że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:
1) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,

3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00). Zdaniem tego Sądu, informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształtu doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się „tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy inny przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec poznać może, jaką metodę produkcji zastosowano. Jednocześnie „tajemnica” nie traci zaś swego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, którym przedsiębiorca powierza informację. Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji powinno 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.

Odnosząc powyższe wytyczne do niniejszej sprawy, odwołujący uznał, że zastrzeżenie jako tajemnicy potencjału kadrowego - imion i nazwisk osób mających uczestniczyć w realizacji zamówienia - jako projektanci (co wynika zarówno z istoty zamówienia, jak i Wykazu osób zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu) - jest bezpodstawne.

Według odwołującego informacje takie ze swej istoty nie spełniają podstawowej przesłanki ustawowej tajemnicy przedsiębiorstwa określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, albowiem nie są one nieujawnione do wiadomości publicznej. Informacja taka nie ma również charakteru informacji technicznej, technologicznej czy organizacyjnej przedsiębiorstwa.

Odwołujący powołał się na art. 42 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, że istnieje obowiązek umieszczenia na budowie - w widocznym miejscu - tablicy informacyjnej. Zakres informacji wymagany wskazaną tablicą informacyjną, doprecyzowany został w § 13 rozporządzenia Ministra infrastruktury z dnia 26 czerwca 2002 r. w sprawie

dziennika budowy, montażu i rozbiórki, tablicy informacyjnej oraz ogłoszenia zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa i ochrony zdrowia. Zamieszczana na terenie budowy tablica zawierać ma m.in.: imiona, nazwiska, adresy i numery telefonów: kierownika budowy, kierownika robót, inspektora nadzoru inwestorskiego, projektantów. Tym samym uznał, że dane takie jak imię i nazwisko projektanta, nie są informacjami poufnymi, albowiem są one publicznie dostępne w sposób pozwalający każdemu zainteresowanemu zapoznanie się z nimi i nie wiąże się to z podejmowaniem jakichkolwiek szczególnych czynności, aby uzyskać takie informacje. Nie mogą one tym samym w świetle przepisów i judykatury stanowić

tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto, skoro zamawiający wymagał, aby dane osoby (mające stanowić potencjał kadrowy) legitymowały się doświadczeniem zawodowym (w postaci pełnienia funkcji projektanta/zaprojektowaniu), a powoływanie na doświadczenie możliwe jest wyłącznie po wykonaniu projektu, tj. po uzyskaniu pozwolenia na budowę (na podstawie danego projektu), to przy założeniu wątpliwości oraz gdy projekt nie jest jeszcze realizowany, odwołujący (a także każda inna osoba) mógłby uzyskać informacje o osobach projektantów także w trybie art. 1 ust. 1 i art. 6 ustawy o dostępie do informacji publicznej (por. min. wyrok WSA w Krakowie II SAB/ Kr 97/13).

Na marginesie odwołujący zwracał uwagę na fakt, że to, jakie doświadczenie posiadają określone osoby fizyczne oraz w realizacji jakich inwestycji uczestniczyły, jest ich własną (prywatną) sprawą, podlegającą ich wyłącznej dyspozycji, pozostającą tym samym poza wykonawcą. Dysponentem tej informacji jest zatem posiadacz tego doświadczenia, przy czym sam fakt jego posiadania nie może być uznany za informację nieujawnioną do wiadomości innych osób, skoro posiadacz określonego doświadczenia może się na nie powoływać. Trudno przyjąć, że specjaliści wskazywani w wykazach osób sporządzanych na potwierdzenie potencjału kadrowego nie komunikują swojego doświadczenia i wiedzy na zewnątrz. Naturalnym bowiem jest, że osoby te upowszechniają swoje zawodowe osiągnięcia bądź to w pracy naukowej, publikacjach bądź to w celu uzyskania kolejnych zleceń. Nie można więc uznać, że informacja o doświadczeniu zawodowym danego specjalisty jest informacją poufną, do której dostęp ma ograniczona i określona liczba osób.

Odwołujący powoływał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, iż w Wykazie osób (potencjale kadrowym) zamieszczone są informacje o nazwie inwestycji, w trakcie której zostało nabyte doświadczenie, co nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, a dysponentem tej informacji jest dany specjalista, nie zaś wykonawca, który sporządził wykaz (por. m.in. wyrok KIO 278/14).

Ponadto, jeśli wartością podlegającą ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa miałaby być informacja o tym, że wykonawca współpracuje z daną osobą a wartość tej informacji wyrażać się ma w ewentualnej szkodzie, jaką wykonawca mógłby ponieść w razie

---

zerwania współpracy przez tę osobę (o ile na takie okoliczności powołuje się wykonawca uzasadniając zastrzeżenie tajemnicy), względnie - w wyniku jej odejścia do konkurencji (wzbogacenie konkurencji o tę osobę i tym samym podniesienie jej konkurencyjnej pozycji na rynku), to odwołujący argumentował, że w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej właściwym narzędziem zabezpieczenia się przez wykonawcę przed utratą danego specjalisty, byłoby na przykład zawarcie umów z tymi osobami "na wyłączność", czy wprowadzenie w ramach porozumień kreujących wzajemne stosunki odpowiednich postanowień dotyczących zakazu konkurencji. W takim wypadku te porozumienia powinny zabezpieczać interesy wykonawców. Powoływanie się zaś na tajemnicę przedsiębiorstwa jako narzędzia do ochrony specjalistów przeznaczonych do realizacji zamówienia w świetle zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Izba uznała za działanie nieprawidłowe i niewłaściwe (tak m.in. w powołanym wyżej wyroku).

Odwołujący zarzucał, iż nie może odnieść się do tego, czy MGGP S.A. uzasadniła odpowiednio zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa we wskazanym zakresie, w szczególności, czy wykazała, że tego typu informacje spełniają warunki określone w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż samo zastrzeżenie również zostało utajnione (nie zostało odwołującemu przekazane wraz z wnioskiem). Niemniej jednak, mając na uwadze poruszone wyżej kwestie, wydawało się odwołującemu niemożliwym, aby wykonawca MGGP S.A. był w stanie wykazać, że potencjał kadrowy obejmujący osoby pełniące funkcje projektantów, mógł stanowić informację poufną, skoro każdy mógł z tablicy informacyjnej budowy (realizowanych projektów) uzyskać informację w przedmiocie tożsamości tych osób. Odwołujący zaznaczał, że również w innych postępowaniach prowadzonych przez tego samego zamawiającego, MGGP S.A. nieskutecznie zastrzegał jako tajemnicę przedsiębiorstwa Wykaz osób - potencjał kadrowy. Informacje te były przez zamawiającego ujawniane pozostałym wykonawcom, gdyż nie uznawał on zastrzeżenia za skuteczne. Za prawdopodobne odwołujący przyjął, iż MGGP S.A. w tym postępowaniu, polega na tym samym potencjale kadrowym, który w innych postępowaniach był jawny. Tym samym wykonawcy pozyskali już wcześniej informacje o danych osobach, którymi dysponuje MGGP S.A. To zaś sprawia, iż automatycznie uznał, że również z tego względu taka informacja nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Przykładowo wskazywał

postępowanie pn. „Budowa międzysystemowego gazociągu stanowiącego połączenie systemów przesyłowych RP i Republiki Litewskiej wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi - gazociąg Rembelszczyzna - Granica RP -opracowanie dokumentacji projektowej”, czy postępowanie pn. „Gazociąg Kędzierzyn- Koźle - Granica RP (Polska-Czechy) wraz z tłocznią i stacją pomiarową - opracowanie dokumentacji projektowej wraz z nadzorem autorskim", w których to postępowaniach potencjał kadrowy MGGP S.A. został odtajniony i

wraz z wnioskami do złożenia wyjaśnień przekazany m.in. odwołującemu w trybie art. 96 ust. 3 ustawy Pzp. We wskazanych postępowania MGGP S.A. powoływał się na następujący potencjał kadrowy.
Ad. postępowanie ZP/2014/10/0104/PI: M. K. (Kierownik Zespołu Projektowego), P. P. (Projektant Technolog A), L. K. (Projektant Technolog B), S. Ż. (Projektant Konstruktor), M. P. (Projektant Elektryk A), I. K. (Projektant Elektryk B), D. L. (Projektant branży drogowej), P. S. (Projektant Automatyk), A. M. (Koordynator zespołu ds. oceny oddziaływania na środowisko).
Ad. postępowanie ZP/2014/11/0109/SWI: M. K. (Kierownik Zespołu Projektowego), L. K. (Projektant Technolog A), P. P. (Projektant Technolog B), R. S. (Projektant Architekt), S. Ż. (Projektant Konstruktor), I. K. (Projektant Elektryk A), M. P. (Projektant Elektryk B), D. L. (Projektant branży drogowej), P. S. (Projektant Automatyk), A. M. (Koordynator zespołu ds. oceny oddziaływania na środowisko).

Analiza funkcji poszczególnych osób w zespole projektowym doprowadziła odwołującego do wniosku, że zarówno we wskazanych postępowaniach, jak i w niniejszym postępowaniu, zespół składać się ma z projektantów takich samych branż.
Dowód: potencjał kadrowy MGGP S.A. wskazany we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ZP/2014/10/0104/PI (zał. 5); wezwanie zamawiającego do MGGP S.A. w postępowaniu ZP/2014/10/0104/PI z dn. 21.01.2015 r. (zał. 6); potencjał kadrowy MGGP S.A. w postępowaniu ZP/2014/11/0109/SWI (zał. 7); informacja zamawiającego o odtajnieniu dokumentów MGGP S.A. w postępowaniu ZP/2014/11/0109/SWI (zał. 8); ogłoszenie o zamówieniu (zał. 2).

Odwołujący podnosił, że zgodnie z art. 88a ustawy Prawo budowlane oraz przepisami rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dn. 23 października 2014 r. w sprawie wzorów i sposobu prowadzenia w formie elektronicznej centralnych rejestrów osób posiadających uprawnienia budowlane oraz ukaranych z tytułu odpowiedzialności zawodowej w budownictwie, istnieje (częściowo) jawny centralny rejestr osób posiadających uprawnienia budowlane i każda zainteresowana osoba może uzyskać informacje na temat imion i nazwisk wpisanych tam osób, numeru, specjalności i zakresu uprawnień budowlanych oraz przynależności do właściwej okręgowej Izby samorządu zawodowego. Możliwość uzyskania takich informacji dotyczy wszystkich osób wpisanych do rejestru po 01.01.2008 r.

Odwołujący podkreślał, że obecnie obowiązujący przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp od 19 października 2014 r. przewiduje obowiązek wykonawcy do wykazania, iż zastrzegana informacja stanowi rzeczywiście tajemnicę przedsiębiorstwa. Wcześniejsze brzmienie tego przepisu powodowało, że w razie zastrzeżenia - dana informacja była uznawana za

tajemnicę. W uzasadnieniu ustawy nowelizującej art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wskazywano: „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 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 regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych" (druk sejmowy nr 1653). W świetle celu nowelizacji przepisów regulujących zastrzeganie tajemnicy

przedsiębiorstwa w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odwołujący uznał, że zastrzeżenie takiej tajemnicy przez MGGP S.A. odnoszące się do potencjału kadrowego jest bezskuteczne oraz powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej - wyrok KIO 91/15, w którym Izba podkreśliła, że „jawność postępowania jest naczelną zasadą systemu zamówień publicznych, nie można zatem podchodzić bezkrytycznie do istniejącej na rynku praktyki nadużywania instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa w celu uniemożliwienia innym wykonawcom możliwości skontrolowania oceny ofert dokonanej przez zamawiającego".

W związku z powyższym odwołujący podtrzymał, że zamawiający niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, w szczególności art. 7 ust. 1, art. 8 ust 1-3 oraz art. 96 ust. 3 zaniechał odtajnienia i przekazania odwołującemu dokumentów załączonych do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez MGGP S.A., gdyż zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa potencjał kadrowy nie zawiera informacji poufnych. Zaznaczał, że zamawiający na gruncie obecnie obowiązujących przepisów zobowiązany jest dokonywać oceny, czy zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest skuteczne, a w razie uznanie, że nie - odtajnić niezasadnie zastrzeżony dokument i przekazać go odwołującemu zgodnie z jego wnioskiem. Zastrzeżenie informacji, jako tajemnica przedsiębiorstwa, może być uchylone w ramach właściwości zamawiającego, jeżeli dotyczy to informacji, które z takiego zastrzeżenia obiektywnie nie powinny korzystać (przykładowo wyrok KIO 601/15, KIO 250/15, KIO 174/15). Zamawiający powinien zbadać, czy dana informacja rzeczywiście stanowić może tajemnicę przedsiębiorstwa, a takiej dogłębnej analizy w ocenie odwołującego w niniejszym postępowaniu zaniechano. W szczególności przyjął, że w Wykazie osób MGGP S.A. wskazała osoby, których nazwiska już wcześniej były ujawniane w toku innych postępowań i są znane pozostałym wykonawcom, zwłaszcza że po raz kolejny MGGP S.A. opiera się na

---

doświadczeniu (a możliwe, że i doświadczeniu pracowników/byłych pracowników tego samego podmiotu) słowackiego kontrahenta GasOil Engineering a.s. Ponadto dane tych osób zostaną następnie podane do publicznej wiadomości na tablicy informacyjnej budowy, a zatem wykonawca musi mieć świadomość, że informacje te nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, skoro w razie wyboru jego oferty dane wskazanych osób będą publicznie dostępne. Obowiązek ujawnienia będzie wynikał z powszechnie obowiązujących przepisów, a zatem MGGP S.A. musi godzić się na ujawnienie takich informacji poprzez sam udział w postępowaniu, co oznacza, że trudno mówić o woli zachowania takich informacji w tajemnicy. Ponadto mając na uwadze konieczność transparentnego udzielania zamówień publicznych i istotną rolę, jaką pełnią konkurenci przy weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu przez innych wykonawców, zaniechanie odtajnienia informacji stanowiących podstawę oceny spełniania warunków określonych przez zamawiającego - uznał za naruszające nie tylko przepisy art. 8 ust. 1-3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, ale również zasadę uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Na wezwanie zamawiającego z dnia 1 lipca 2015 r. pisemne zgłoszenie do postępowania odwoławczego złożył w dniu 3 lipca 2015 r. wykonawca MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie - po stronie zamawiającego, który wnosił o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu podał, że zamawiający po dokonaniu oceny złożonych wniosków dopuścił MGGP do udziału w postępowaniu, uznając że spółka spełniła określone przez zamawiającego warunki. Ponieważ uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do ujawnienia danych uznanych przez MGGP S.A. jako tajemnica przedsiębiorstwa - to jako wykonawca ma interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego, gdyż w taki sposób może przeciwdziałać w ujawnieniu chronionych danych. Przystąpienie w tym samym terminie, złożył również wykonawca Consulting Engineers Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - po stronie odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców: MGGP S.A. oraz ILF Consulting Engineers Polska sp. z o.o., uznając że przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane.

W dniu 3 lipca 2015 r. zamawiający powiadomił, że uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Wykonawca MGGP S.A. przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - do protokołu posiedzenia wniósł sprzeciw w trybie art. 186 ust. 4 i 5 ustawy Pzp - wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania Biura Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A.

Izba rozpatrując odwołanie na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników na

podstawie postanowienia art. 189 ust. 3 ustawy Pzp dopuściła i przeprowadziła dowód z akt

postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1350/15 - z odwołania wniesionego przez wykonawcę ILF Consulting Engineers Polska sp. z o.o. wraz z dokumentacją przedmiotowego postępowania przetargowego przysłaną przez zamawiającego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W oparciu o postanowienia art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Odwołujący postawił zamawiającemu wyłącznie zarzuty naruszenia:

1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) poprzez zaniechanie odtajnienia części dokumentów składających się na wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożony przez MGGP S.A. (od strony 59), mimo iż z obiektywnego punktu widzenia zastrzeżonych dokumentów nie sposób uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa ze względu na niespełnianie ustawowych przesłanek takiej tajemnicy, co skutkuje naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i jawności postępowania;

2) art. 96 ust 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 7 ust, 1 ustawy Pzp poprzez nieprzekazanie dokumentów, które w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego winny być jawne, co skutkuje naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i jawności postępowania;

3) art. 51 w związku art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez dokonanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i podaniu informacji o ich wynikach bez jednoczesnego udostępnienia informacji zastrzeżonych, o których mowa zarzucie 1) powyżej, co uniemożliwia odwołującemu zapoznanie się z wnioskiem MGGP S.A. w zakresie osób mających uczestniczyć w realizacji zamówienia i skorzystanie z przysługujących mu środków ochrony prawnej, zmierzających do weryfikacji czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu

- w powyższych granicach zarzutów sprawa podlegała rozpatrzeniu.

Okoliczność bezsporną stanowiło, że odwołujący w dniu 15 czerwca 2015 r. został poinformowany o wynikach oceny spełnienia warunków w przedmiotowym postępowaniu przez poszczególnych wykonawców, w tym o zakwalifikowaniu MGGP S.A. do drugiego etapu postępowania przetargowego - złożenia oferty.

Okoliczność bezsporną stanowiło również, że 6 maja 2015 r. odwołujący w trybie art. 96 ust. 3 ustawy Pzp wystąpił do zamawiającego m.in. o przekazanie w formie elektronicznej wniosków o dopuszczenie wykonawców do udziału w postępowaniu. Wiadomością e-mail z dnia 19 czerwca 2015 r. zamawiający przesłał skany wniosków wraz z informacją, że część

wniosku przystępującego MGGP S.A. (Wykaz osób) zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa, stąd udostępniono tylko tę część wniosku, która nie podlegała utajnieniu.

Wobec powiadomienia z dnia 15 czerwca 2015 r. o wynikach oceny spełnienia warunków i dopuszczeniu do udziału w dalszej fazie postępowania wykonawcy MGGP S.A., 10 - dniowy termin do zaskarżenia tej czynności odwołaniem wyznaczony w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - upłynął odwołującemu bezskutecznie w dniu 25 czerwca 2015 r., a odwołanie zostało złożone 29 czerwca 2015 r.

Odwołujący mając świadomość wygaśnięcia terminu na wzruszenie czynności oceny wniosku wykonawcy MGGP S.A. nie podnosił żadnych zarzutów merytorycznych wobec niespełnienia skonkretyzowanych warunków udziału w postępowaniu przez rzeczonego wykonawcę. Zarzutami odwołania objął ogólnie naruszenie art. 51 w związku art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez dokonanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i podaniu informacji o ich wynikach bez jednoczesnego udostępnienia informacji zastrzeżonych.

Przetarg ograniczony zgodnie z art. 47 ustawy Pzp ma charakter dwustopniowy, gdyż w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a oferty mogą składać tylko wykonawcy zaproszeni do składania ofert. Przepis art. 50 ustawy Pzp nakazuje aby wraz z wnioskiem o

dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym wykonawcy złożyli oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnienie warunków, również te dokumenty.

Z kolei przepis art. 51 ust. 1 ustawy Pzp mówi o tym, że zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu.

Przepis art. 51 ust 1a ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu niezwłoczne poinformowanie wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o wynikach oceny spełnienia warunków i otrzymanych ocenach spełnienia tych warunków.

Bezsprzecznie w oparciu o kryteria oznaczone w sekcji VI.3) pkt 5 ogłoszenia o zamówieniu oraz zgodnie z powiadomieniem zamawiającego z dnia 15 czerwca 2015 r. - skoro wniosek wykonawcy MGGP S.A. został przez zamawiającego pozytywnie zweryfikowany - pozostaje to równoznaczne z obowiązkiem zaproszenia danego wykonawcy do złożenia oferty w drugiej fazie postępowania.

W postępowaniu o danej wartości zamówienia odwołanie od czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawcy MGGP S.A. dokonanej przez

zamawiającego należało wnieść najpóźniej do 25 czerwca 2015 r., gdyż na dalszym etapie postępowania po poinformowaniu o wynikach oceny wniosków, czy zaproszeniu do składania ofert - nie jest możliwe skarżenie niespełnienia warunków udziału w postępowaniu przez konkurencyjnych wykonawców. Fakt braku odtajnienia dokumentów Wykazu osób, które będą wykonywać zamówienie we wniosku wykonawcy MGGP S.A. pozostaje bez wpływu na dopuszczenie tego wykonawcy do dalszego etapu postępowania. Odwołujący poprzez upływ zawitego terminu, pozbawił się bowiem możliwości weryfikacji spełnienia warunków przez skarżonego wykonawcę i kwestionowania zaniechania wykluczenia danego wykonawcy z postępowania.

Faktem jest, że przepis art. 8 ustawy Pzp statuuje zasadę jawności postępowania w sprawie zamówień publicznych. Przepis art. 8 ust. 2 ustawy Pzp przewiduje, że zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Przepis art. 8 ust. 3 Pzp zawiera zaś upoważnienie dla wykonawców dla odstępstwa od zasady jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż na jego podstawie - nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący zupełnie pominął dyspozycję art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, stanowiącego że protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia (…), a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Z przytaczanych regulacji wynika, że zamawiający w odpowiedzi na wniosek odwołującego z dnia 6 maja 2015 r. powinien nie później niż w dniu 15 czerwca 2015 r., kiedy to podał informację o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu - jednocześnie udostępnić wykonawcom wnioski konkurentów o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jeżeli uczynił to w terminie późniejszym, w tym przypadku 19 czerwca 2015r., to tym samym zamawiający popadł w stan zaniechania czynności, do której był zobowiązany na podstawie ustawy, uprawniający odwołującego do złożenia środków ochrony prawnej zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp - w terminie liczonym od daty 15 czerwca 2015 r. - jeżeli odwołujący uznawał, że zamawiający winien w całości udostępnić dokumentację wniosku wykonawcy MGGP S.A.

Odwołujący usiłuje *de facto* przywrócić termin na wniesienie odwołania wobec zaniechania udostępnienia mu najpóźniej w dniu 15 czerwca 2015 r. pełnej zawartości

wniosku wykonawcy MGGP S.A. Zdaniem Izby bez znaczenia pozostaje sam fakt udzielenia odpowiedzi przez zamawiającego w oznaczonej dacie, gdyż nie modyfikuje to terminu wyznaczonego w ustawie, w przypadku niedotrzymania którego - odwołujący winien skorzystać ze środków ochrony prawnej we właściwym czasie.

W tych okolicznościach Izba uznała rozpoznawane odwołanie, za wniesione z uchybieniem terminu.

Stawiany zarzut mógł być skutecznie podnoszony w terminie określonym w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym odwołanie od innych czynności niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się przy danej wartości zamówienia - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto, lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, a więc od 15 czerwca 2015 r. Należało uwzględnić, iż zamawiający poinformował 15 czerwca 2015 r. o uznaniu, iż wykonawca MGGP S.A. spełnił warunki udziału w postępowaniu.

Termin na wniesienie odwołania ma charakter zawity i jego bezskuteczny upływ spowodował wygaśnięcie uprawnień wykonawcy do skorzystania z tego środka ochrony prawnej.

Przesłanki do odrzucenia odwołania Izba ustala z urzędu. Odwołanie podlegające odrzuceniu nie podlega merytorycznemu rozpatrzeniu, zatem fakt uwzględnienia odwołania przez zamawiającego oraz wniesienia sprzeciwu na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy Pzp przez przystępującego MGGP S.A. pozostawał bez wpływu na treść podjętego rozstrzygnięcia. Z tych względów, mimo sprzeciwu przystępującego wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba nie miała podstaw do merytorycznego rozpoznania odwołania w trybie art. 196 ust. 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp, Izba może uwzględnić odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W okolicznościach tej sprawy, uwzględnienie odwołania nie byłoby nawet możliwe ze względu na ograniczenia proceduralne, wynikające z normy art. 192 ust. 2 Pzp. Brak jest, bowiem możliwości orzeczenia co do istoty sprawy w sposób, który zmieniałby pozytywny wynik oceny wniosku wykonawcy MGGP S.A.

Postępowanie w sprawie wykazało, że odwołanie zostało wniesione z uchybieniem terminu określonego w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, co obligowało Izbę do jego odrzucenia w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie.

Zaistnienie którejkolwiek z podstaw określonych art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, które są ustalane z urzędu, obliguje Izbę do odrzucenia odwołania. Zgodnie z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym, a jeżeli uzna to za konieczne może dopuścić do udziału w posiedzeniu strony, uczestników.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie, o czym orzekła postanowieniem na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. W oparciu o § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), Izba zaliczyła na poczet kosztów postępowania odwoławczego uiszczoną kwotę wpisu od odwołania.

Przewodniczący:

.....