

**WYROK**  
**z dnia 6 listopada 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Dominik Haczykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 listopada 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 października 2018 r. przez wykonawcę **R.S., prowadzącego w Wyszku działalność gospodarczą pod nazwą R.S., PHU Baumark**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Sweco Consulting sp. z o.o. w Poznaniu oraz Instytut Zrównoważonego Rozwoju sp. z o.o. w Białymstoku**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **uwzględnić 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 załączniku nr 1 do oferty „doświadczenie kierownika zespołu nadzoru - Inspektora nadzoru robót drogowych” złożonym przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Sweco Consulting sp. z o.o. w Poznaniu oraz Instytut Zrównoważonego Rozwoju sp. z o.o. w Białymstoku,**
2. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
3. **kosztami postępowania obciąża Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku w części ½ oraz wykonawcę R.S., prowadzącego w Wyszku działalność gospodarczą pod nazwą R.S., PHU Baumark w części ½ i:**
  - 3.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę**

- R.S., prowadzącego w Wyszkanie działalność gospodarczą pod nazwą R.S., PHU Baumark** tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od **Zarządu Dróg Wojewódzkich w Białymstoku** na rzecz wykonawcy **R.S., prowadzącego w Wyszkanie działalność gospodarczą pod nazwą R.S., PHU Baumark** 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 2017 r. poz. 1579 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 **Białymstoku**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku – 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 2017 r. poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „pełnienie nadzoru inwestorskiego na zadaniu: „Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 685 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Zabłudów – Nowosady wraz z obejściem m. Trześcianka i m. Narew – odcinek II od km 8+462 do km 32+614”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 10 lipca 2018 r., nr 2018/S 130-296671.

11 października 2018 r. zamawiający przesłał wykonawcy R. S., prowadzącemu w Wyszku działalność gospodarczą pod nazwą R.S., PHU Baumark, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Sweco Consulting sp. z o.o. w Poznaniu oraz Instytutu Zrównoważonego Rozwoju sp. z o.o. w Białymstoku, zwanych dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) zaniechania czynności odtajnienia załącznika nr 1 do oferty „doświadczenie kierownika zespołu nadzoru - Inspektora nadzoru robót drogowych” złożonego przez przystępującego,

odwołujący wniósł 22 października 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 8 ust. 1, ust. 2, ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu informacji zastrzeżonych jako tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego, pomimo że informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa,
- 2) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie błędnej oceny oferty odwołującego i przyznanie jej w kryterium „doświadczenie kierownika zespołu nadzoru - inspektora nadzoru robót drogowych” 20 pkt podczas gdy oferta ta powinna otrzymać w przedmiotowym postępowaniu 40 pkt,
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego,
- 2) odtajnienia i udostępnienia odwołującemu załącznika nr 1 „doświadczenie kierownika zespołu nadzoru - inspektora nadzoru robót drogowych” do oferty przystępującego,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 4) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący, w uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, podniósł, że zamawiający w treści SIWZ w rozdziale XVII w pkt 2 ppkt 2 określił, że w kryterium „doświadczenie kierownika zespołu nadzoru - inspektora nadzoru robót drogowych” do oceny przyjmie ilość wskazanych przez wykonawcę w formularzu oferty zadań spełniających warunki określone przez zamawiającego w SIWZ w odniesieniu do doświadczenia kierownika zespołu nadzoru - inspektora nadzoru robót drogowych. Zgodnie z warunkami SIWZ minimalne wymagania doświadczenia kierownika zespołu nadzoru - inspektora nadzoru robót drogowych to minimum 12 miesięcy pełnienia samodzielnej funkcji technicznej (zgodnie z wymogami ustawy Prawo budowlane oraz Rozporządzeniem Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28.04.2006 r. DZ.U. z 2006 r. Nr 83 poz. 578 z póź. zm.) na stanowisku Inspektora nadzoru / Kierownika budowy / kierownika robót drogowych na:

- minimum 1 zadaniu polegającym na budowie /rozbudowie /przebudowie dróg publicznych klasy minimum Z o wartości robót minimum 20.000.000,00 zł brutto, wraz z budową /rozbudową /przebudową minimum jednego drogowego obiektu mostowego o długości 20 m, wraz z udziałem w czynnościach odbiorowych świadczących o zakończeniu realizacji zamówienia

Odwołujący podniósł, że zamawiający wskazał, iż przy obliczaniu punktów w tym kryterium zastosuje następujące wyliczenie

- wykazane 1 zadanie spełniające warunki określone w SIWZ - 0 pkt,
- wykazane 2 zadania spełniające warunki określone w SIWZ - 20 pkt,
- wykazane 3 zadania spełniające warunki określone w SIWZ - 40 pkt.

Odwołujący wywiódł, że wskazał 3 zadania spełniające powyższe warunki i powinien otrzymać w tym kryterium maksymalną liczbę punktów tj. 40 pkt. Według odwołującego zamawiający błędnie zinterpretował liczbę zadań wskazanych przez odwołującego przyjmując że „budowa drogi ekspresowej S-2 Konotopa - w. Lotnisko, Etap III Południowa Obwodnica Warszawy” to nie inwestycja podzielona na pewną ilość zadań a „jedno zadanie”. Zdaniem odwołującego to, że wskazana inwestycja była podzielona na zadania (obiekty budowlane) potwierdzają oddzielne „protokoły kontroli obowiązkowej” zakończonej budowy obiektów budowlanych, oddzielne „decyzje” wydające pozwolenie na użytkowanie tychże

obiektów budowlanych, a także oddzielne „oświadczenia kierownika budów” o zakończeniu robót. Powołał się na następujące dowody:

- 1) protokół Kontroli Obowiązkowej z dnia 23.12.2013 r.,
- 2) decyzja nr 1905/2013 z dnia 23.12.2013 r.,
- 3) oświadczenie Kierownika Budowy z dnia 08.11.2013 r.,
- 4) protokół Kontroli Obowiązkowej z dnia 22.11.2013 r.,
- 5) decyzja nr 1680/2013 z dnia 22.11.2013 r.,
- 6) oświadczenie Kierownika Budowy z dnia 08.11.2013 r.,
- 7) protokół Kontroli Obowiązkowej z dnia 22.11.2013 r.,
- 8) decyzja nr 1681/2013 z dnia 22.11.2013 r.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że zamawiający na wezwanie odwołującego do udostępnienia odwołującemu oferty przystępującego po 5 dniach od złożenia wniosku udostępnił ofertę przystępującego informując, że strony 8-9 oferty - załącznik nr 1 „doświadczenie kierownika zespołu nadzoru - inspektora nadzoru robót drogowych” nie mogą zostać udostępnione w związku z ich zastrzeżeniem. Odwołujący argumentował, że wykazanie iż informacja w wykazie osób stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa jest pozbawiona podstaw w rozumieniu art. 11 ust. 4 w związku z art. 1 i art. 3 ust 1 u.z.n.k. Przede wszystkim nie są to informacje stanowiące własność przedsiębiorstwa tylko własność osób współpracujących z przedsiębiorstwem o ich wykształceniu, kwalifikacjach i doświadczeniu zawodowym. W związku z tym przedsiębiorstwo nie ma prawa ich zawłaszczać i powoływać się na tajemnice przedsiębiorstwa. Odwołujący podniósł, że wszelkie dokumenty składane w postępowaniu, w tym także wykazy osób, są dokumentami podlegającymi ocenie i nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Niewątpliwie zastrzeżenie załącznika nr 1 „doświadczenie kierownika zespołu nadzoru inspektora nadzoru robót drogowych” przez przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i jest nieuzasadnione chociażby z tego powodu, iż osoba wskazana w załączniku nr 1 mająca pełnić funkcję kierownika zespołu nadzoru - inspektora nadzoru robót drogowych to niejako osoba publiczna uczestnicząca w procesie budowlanym. Odwołujący wskazał, że nieznane są mu przesłanki, które utwierdziły zamawiającego w przekonaniu o nieodtajnieniu załącznika nr 1 zawierającego jedną z głównych punktowanych informacji w złożonej ofercie przez przystępującego tj. doświadczenie kierownika zespołu nadzoru - inspektora nadzoru robót drogowych.

W opinii odwołującego, naruszenie przywołanych w treści odwołania przepisów ustawy Pzp można rozpatrywać w kontekście naruszenia przez zamawiającego również przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. Zamawiający, przez nieuzasadnione nieodtajnienie załącznika nr 1 „doświadczenie kierownika zespołu nadzoru - inspektora nadzoru robót

drogowych oferty przystępującego nie dochował bowiem zasady zachowania uczciwej konkurencji, a wybór oferty złożonej przez przystępującego dokonany został niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, tym samym czynność udzielenia przez zamawiającego przedmiotowego zamówienia publicznego nastąpiła niezgodnie z przepisami Pzp.

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

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Sweco Consulting sp. z o.o. w Poznaniu oraz Instytut Zrównoważonego Rozwoju sp. z o.o. w Białymstoku. Wnieśli o odrzucenie, względnie o oddalenie odwołania. Przedstawili 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 odwołującego, ofertę przystępującego, korespondencję prowadzoną przez zamawiającego z GDDKiA O/ Warszawa w dniach 11 i 13 września 2018 r. wraz z załącznikami, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, pismo zamawiającego z 15.10.2018 r. o nieodtąjnieniu str. 8 i 9 oferty przystępującego, pismo odwołującego z 18.10.2018 r. wraz z załącznikami, odpowiedź zamawiającego na ww. pismo odwołującego z 22.10.2018 r., odwołanie, odpowiedź na odwołanie, 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 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Sweco Consulting sp. z o.o. w Poznaniu oraz Instytut Zrównoważonego Rozwoju sp. z o.o. w Białymstoku 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 o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, że odwołujący w terminie na wniesienie odwołania przesłał mu jedynie kopię treści odwołania (7 stron). Z treści pisma wynikało, że jego częścią są załączniki. Załączniki te jednak nie zostały dołączone do przedmiotowego pisma. Dodał ponadto, że załączniki miały charakter merytoryczny, gdyż z treści odwołania wynikało, że stanowią one dowód tego, że odwołujący wykazał wykonanie trzech zadań na potrzeby kryterium oceny ofert „doświadczenie kierownika zespołu nadzoru – inspektora nadzoru robót drogowych”. Przystępujący w trakcie posiedzenia Izby poparł wniosek zamawiającego.

Odwołujący wniósł o oddalenie wniosku zamawiającego. Wskazał, że zamawiający – przed upływem terminu na wniesienie odwołania - był w posiadaniu wszystkich załączników merytorycznych do odwołania, a zatem odwołujący nie miał obowiązku ich przesłania zamawiającemu po raz kolejny. Argumentował, że załączniki nr 9-11 do odwołania to dokumenty wytworzone przez samego zamawiającego. Załącznik nr 12 to kopia oferty przystępującego, której oryginał posiada zamawiający. Z kolei załączniki nr 1-8 do odwołania odwołujący przesłał zamawiającemu już przy piśmie z dnia 18 października 2018 r.

Wniosek zamawiającego okazał się chybiony. Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp, *Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5. Z kolei art. 180 ust. 5 ustawy Pzp stanowi, że odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią.*

Nie było sporne między stronami, że odwołujący nie miał obowiązku przesłania zamawiającemu załączników o charakterze formalnym (nr 13 – potwierdzenie uiszczenia wpisu, nr 14 – potwierdzenie przesłania kopii odwołania zamawiającemu, nr 15 - wypis z Ceidg). Nie było także sporne, że odwołujący nie miał obowiązku przekazania zamawiającemu dokumentów, których autorem był sam zamawiający (załączniki nr 9-11 – zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, zawiadomienia o terminie udostępnienia oferty przystępującego) ani które w oryginale znajdowały się w posiadaniu zamawiającego (załącznik nr 12 – skan oferty przystępującego). Spór między stornami dotyczył konieczności przesłania zamawiającemu załączników nr 1-8 do odwołania. Załączniki te stanowiły:

- 1) protokół Kontroli Obowiązkowej z dnia 23.12.2013 r.,
- 2) decyzja nr 1905/2013 z dnia 23.12.2013 r.,
- 3) oświadczenie Kierownika Budowy z dnia 08.11.2013 r.,
- 4) protokół Kontroli Obowiązkowej z dnia 22.11.2013 r.,
- 5) decyzja nr 1680/2013 z dnia 22.11.2013 r.,
- 6) oświadczenie Kierownika Budowy z dnia 08.11.2013 r.,

- 7) protokół Kontroli Obowiązkowej z dnia 22.11.2013 r.,
- 8) decyzja nr 1681/2013.

Dostrzeżenia wymagało, że ww. dokumenty znalazły się już w posiadaniu zamawiającego na 4 dni przed otrzymaniem kopii odwołania, gdyż istotnie odwołujący przesłał mu je przy piśmie z dnia 18 października 2018 r. (por. raport z transmisji faksowej z dnia 18.10.2018 r. złożony przez odwołującego na posiedzeniu Izby, a także załączniki do pisma odwołującego z dnia 18 października 2018 r., znajdujące się w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego). Jak wynika z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, przepis ten nie nakłada na odwołującego obowiązku przesłania kopii odwołania w tej samej korespondencji czy jednorazowo. Istotne jest, aby całość kopii odwołania dotarła do zamawiającego przed upływem terminu na wniesienie odwołania w taki sposób, aby ten mógł się zapoznać z jej treścią. W analizowanym stanie faktycznym warunek ten został spełniony. Sporne załączniki zamawiający otrzymał już bowiem przy piśmie z dnia 18 października 2018 r., co więcej odnosił się nawet do nich w swej odpowiedzi na odwołanie (s. 9-10 odpowiedzi). Wobec powyższego wniosek zamawiającego podlegał oddaleniu.

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 przyznania mu większej liczby punktów w kryterium pozacenowym, w wyniku czego jego oferta miała uzyskać najwyższą liczbę punktów. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał przyznania odwołującemu prawidłowej liczby punktów w kryterium pozacenowym skutkować będzie koniecznością nakazania zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert, 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. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

Sporna pomiędzy stronami była ocena oferty odwołującego dokonana przez zamawiającego w kryterium oceny ofert „doświadczenie kierownika zespołu nadzoru – inspektora nadzoru robót drogowych”.



Ustalono, że zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) wskazał, że przy ocenie ofert będzie stosował m.in. kryterium „doświadczenie kierownika zespołu nadzoru - inspektora nadzoru robót drogowych” o wadze 40 %.

W rozdziale XVII ust. 2 pkt 2) SIWZ zamawiający opisał sposób przydzielania punktów w spornym kryterium. Wskazał, co następuje: *Przez kryterium (D) Doświadczenie Kierownika Zespołu Nadzoru - Inspektora nadzoru robót drogowych do oceny Zamawiający przyjmie ilość wskazanych przez Wykonawcę w formularzu oferty zadań spełniających warunki określone przez Zamawiającego w SIWZ w odniesieniu do doświadczenia Kierownika Zespołu Nadzoru - Inspektora nadzoru robót drogowych.*

*Zgodnie z warunkami SIWZ minimalne wymagania dla Doświadczenia Kierownika Zespołu Nadzoru- Inspektora nadzoru robót drogowych to wykazanie minimum 12 miesięcy pełnienia samodzielnej funkcji technicznej (zgodnie z wymogami ustawy Prawo budowlane oraz Rozporządzeniem Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28.04.2006 r. Dz.U. z 2006 r., Nr 83 poz. 578 z późn. zm.) na stanowisku inspektora nadzoru / kierownika budowy / kierownika robót drogowych na:*

- minimum 1 zadaniu polegającym na budowie / rozbudowie / przebudowie dróg publicznych (zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 02.03.1999r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie, Dz. U. z 1999r., Nr 43, poz. 430 z późn. zm.) klasy minimum Z o wartości robót minimum 20 000 000 PLN (brutto), wraz z budową /rozbudową/ przebudową minimum jednego drogowego obiektu mostowego o długości minimum 20m (długość zgodna z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 16.02.2005r. w sprawie sposobu i ewidencji dróg publicznych, obiektów mostowych, tuneli, przepustów i promów oraz rejestru numerów nadanych drogom, obiektom mostowym i tunelom Dz. U. z 2005r., Nr 67, poz. 582) wraz z udziałem w czynnościach odbiorowych świadczących o zakończeniu realizacji zamówienia.*

*LUB*

- minimum 1 zadaniu polegającym na budowie/ rozbudowie/ przebudowie drogi publicznej (zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 02.03.1999r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie, Dz. U. z 1999r. Nr 43, poz. 430 z późn. zm.) klasy minimum Z o wartości robót minimum 20 000 000 PLN (brutto) i minimum 1 zadaniu polegającym na budowie/ rozbudowie/ przebudowie minimum jednego drogowego obiektu mostowego o długości minimum 20m (długość zgodna z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 16.02.2005r. w sprawie sposobu i ewidencji dróg publicznych, obiektów mostowych, tuneli, przepustów i promów oraz rejestru numerów nadanych drogom, obiektom mostowym i tunelom Dz. U. z 2005r., Nr 67, poz. 582) wraz z udziałem w czynnościach odbiorowych świadczących o zakończeniu realizacji zamówienia.*

*Zamawiający przy obliczeniu punktów w tym kryterium zastosuje następujące wyliczenie:*

- *wykazane 1 zadanie spełniające warunki określone w SIWZ - 0 pkt*
- *wykazane 2 zadania spełniające warunki określone w SIWZ - 20 pkt*
- *wykazane 3 zadania spełniające warunki określone w SIWZ - 40 pkt*

*W kryterium Doświadczenia Kierownika Zespołu Nadzoru - Inspektora nadzoru robót drogowych ocenie będą podlegały maksymalnie 3 z wykazanych zadań spełniających warunki określone w SIWZ.*

*Informacje na temat potencjału kadrowego ocenianego w kryterium oceny ofert należy złożyć na formularzu „Kryterium oceny ofert – Doświadczenie Kierownika Zespołu Nadzoru - Inspektora nadzoru robót drogowych” stanowiącym Załącznik Nr 1 do oferty.*

*Oferta w kryterium Doświadczenia Kierownika Zespołu Nadzoru - Inspektora nadzoru robót drogowych może otrzymać maksymalnie 40 punktów.*

W dalszej kolejności ustalono, że do SIWZ zamawiający załączył wzór formularza „kryterium oceny ofert- doświadczenie kierownika zespołu nadzoru – inspektora nadzoru robót drogowych”. We wzorze tym zamawiający oczekiwał wypełnienia następujących kolumn:

- 1) pełniona funkcja,
- 2) imię i nazwisko,
- 3) nazwa zadania,
- 4) ilość miesięcy doświadczenia zawodowego na stanowisku inspektora nadzoru / kierownika budowy / kierownika robót drogowych na wskazanym zadaniu,
- 5) rodzaj robót (budowa/rozbudowa/przebudowa drogi publicznej) i (budowa/rozbudowa/przebudowa drogowego obiektu mostowego),
- 6) klasa drogi (np. G, Z, S),
- 7) wartość zadania,
- 8) podmiot na rzecz którego usługi zostały wykonane.

Ustalono także, że odwołujący złożył wypełniony formularz dotyczący doświadczenia proponowanego przez siebie kierownika zespołu nadzoru – inspektora nadzoru robót drogowych. Na stanowisko to wskazał pana M.S.. Oświadczył, iż posiada on następujące doświadczenie:

- 1) w pełnieniu funkcji kierownika budowy na budowie drogi publicznej klasy S i budowie drogowego obiektu mostowego o dł. 64 m na zadaniu o wartości 744 mln zł „budowa drogi ekspresowej S-2 Konotopa- w. Lotnisko etap III Południowa Obwodnica Warszawy, w ilości 20 miesięcy, wykonanym na rzecz GDDKiA (wiersz 1 wykazu),

2) w pełnieniu funkcji kierownika budowy na budowie drogi publicznej klasy S i budowie drogowego obiektu mostowego o dł. 64 m na zadaniu o wartości 328 mln zł „budowa obwodnicy Zambrowa i Wiśniewa”, w ilości 28 miesięcy, wykonanym na rzecz GDDKiA (wiersz 2 wykazu),

3) w pełnieniu funkcji kierownika robót na budowie drogi publicznej klasy S i budowie drogowego obiektu mostowego o dł. 64 m na zadaniu o wartości 908 mln zł „budowa drogi ekspresowej S-2 Konotopa- w. Lotnisko Południowa Obwodnica Warszawy”, w ilości 14 miesięcy, wykonanym na rzecz GDDKiA (wiersz 3 wykazu).

Jak wynikało z uzasadnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, zamawiający przyznał odwołującemu w spornym kryterium 20 pkt (por. informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z 11.10.2018 r., w aktach sprawy). Zamawiający uznał za spełniające warunki określone w SIWZ tylko dwa zadania. Swą decyzję uzasadnił następująco: (...)

*Ze względu na nieprecyzyjne nazwy wykazanych zadań, ilość miesięcy doświadczenia, długości drogowych obiektów mostowych i wartości zadań, wystąpiono do inwestorów o informację. (...)*

*Z otrzymanej przez zamawiającego informacji z GDDKiA Oddział w Warszawie wynika, że Pan M. S. pełnił funkcję Kierownika Budowy na zadaniu „Budowa drogi ekspresowej S2 od węzła „Konotopa” do węzła „Puławska” długości ok. 15 km wraz z odcinkiem drogi ekspresowej długości 5 km łączącej węzeł „Lotnisko” z węzłem „Międzynarodowy Port Lotniczy Okęcie” i z węzłem „ Marynarska”. Etap III: Południowa Obwodnica Warszawy S2 — odcinek od węzła „Konotopa” (bez węzła) do węzła „Lotnisko” (bez węzła) ” przez 20 m-cy (zamawiający wymagał minimum 12 miesięcy), w ramach ww. zadania zrealizowano liczne obiekty inżynierskie.*

*GDDKiA Oddział w Warszawie w rozmowie telefonicznej z dnia 13.09.2018 r. stwierdził, że wskazane w zapytaniu PZDW zadania;*

*1. „Budowa drogi ekspresowej S-2 Konotopa — w. Lotnisko Etap III Południowa Obwodnica Warszawy”, wartość zadania 744 mln.*

*2. „Budowa drogi ekspresowej S-2 Konotopa — w. Lotnisko Południowa Obwodnica Warszawy”, wartość zadania 908 mln.*

*to jedno i to samo zadanie, na którym Pan M. S. pełnił funkcję Kierownika Budowy (nie Kierownika robót) przez 20 m-cy na którym wykonano drogowe obiekty mostowe spełniające warunki określone w SIWZ, zweryfikowane na podstawie załączonego przez GDDKiA Oddział w Warszawie wykazu zrealizowanych obiektów. Na dowód czego przedstawiono skan umowy z wykonawcą robót budowlanych o wartości netto: około 744 mln, brutto: około 908 mln. W związku z powyższym (...) odwołującemu przyznano 20 pkt, ponieważ dwa zadania spełniają warunki określone w SIWZ.*

Jak wynikało z odwołania, odwołujący domagał się przyznania mu w spornym kryterium 40 pkt zamiast 20 pkt. Odwołujący nie zgadzał się bowiem z tym, że doświadczenie pana S., opisane w wierszu 1 i 3 wykazu, zostało zdobyte na tym samym zadaniu, co ustalił zamawiający.

Zarzut odwołującego okazał się niezasadny.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymagało, że zgodnie z SIWZ zamawiający punktował liczbę „zadań”, na jakich dana osoba zdobyła doświadczenie na stanowisku opisanym w SIWZ. Zamawiający wyraźnie posłużył się w opisie kryterium sformowaniem, że premiovane będzie zdobycie doświadczenia na większej liczbie „zadań” spełniających warunki opisane w SIWZ. Co więcej zamawiający doprecyzował w rozdziale XVII SIWZ ust. 2 pkt 2 i we wzorze formularza, że warunkiem zaliczenia zadania jest także udział osoby w „czynnościach odbiorowych świadczących o zakończeniu realizacji zamówienia”. Zatem nawet jeśli w ramach danego zadania wykonano budowę / rozbudowę / przebudowę drogi o większej wartości robót czy zrealizowano więcej niż jeden obiekt mostowy o oczekiwanej długości, to i tak punkty przyznawano za to jedno zadanie, a nie za poszczególne obiekty, wykonane nawet w większej ilości w ramach tego zadania. Istotny był także element zakończenia realizacji zamówienia. Na powyższe wskazywało także brzmienie wzoru formularza, w którym zamawiający oczekiwał od wykonawców podawania danych dotyczących „zadania” (takich jak jego nazwa, czy wartość), a nie informacji dotyczących nazwy czy wartości poszczególnych obiektów wykonywanych w ramach tego zadania.

Jeżeli odwołujący nie zgadzał się z kryteriami oceny ofert opisanymi w SIWZ, to miał prawo je kwestionować w stosownych terminach. Po upływie terminie składania ofert, cała treść SIWZ, w tym kryteria, stały się ostateczne i są wiążące zarówno dla zamawiającego jak i dla wykonawców, w tym odwołującego. Zgodnie natomiast z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek ocenić oferty zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ.

Odwołujący przyznał wprost w trakcie rozprawy, że w wierszu 1 i 3 swego wykazu wymienił roboty budowlane, które były wykonywane na podstawie tej samej umowy. Nie ulegało wątpliwości, że roboty te wykonano na podstawie umowy z 17 czerwca 2010 r. nr 90/2010 zawartej między GDDKiA w Warszawie a Bilfinger Berger Polska S.A. i Przedsiębiorstwem Robót Drogowych Mosty – Łódź S.A. Skan tej umowy zamawiający otrzymał od inwestora przy korespondencji mailowej z 13 września 2018 r. Analiza treści umowy prowadziła do wniosku, że próżno było szukać w niej jakiegokolwiek wzmianki o podziale inwestycji na zadania. Na podstawie tej umowy wykonawca zobowiązał się wprost do wykonania robót budowlanych polegających na *budowie drogi ekspresowej S-2 od węzła*

„Konotopa” do węzła „Puławska” długości 15 km wraz z odcinkiem drogi ekspresowej długości ok. 5 km łączącej węzeł „Lotnisko” z węzłem „Międzynarodowy Port Lotniczy” i z węzłem „Marynarska”, etap III. Południowa Obwodnica Warszawy S2 – odcinek od węzła „Konotopa” (bez węzła) do węzła Lotnisko (bez węzła) (por. rozdział I umowy, przy korespondencji mailowej z 13 października 2018 r. w aktach sprawy). Co więcej, odwołujący przyznał w trakcie rozprawy, że w wierszu 1 wykazu, w kolumnie „wartość zadania”, podał kwotę netto (744 mln zł), a w wierszu 3 wykazu - kwotę brutto (908 mln zł) odnoszącą się do tej samej umowy, tj. umowy z 17 czerwca 2010 r. Podane przez odwołującego w wykazie wartości odpowiadały tym ujawnionym w pkt 4.1. ww. umowy nr 90/2010 z 17 czerwca 2010 r. Powyższe prowadziło do wniosku, że polu „wartość zadania”, odwołujący podał de facto tę samą kwotę dla rzekomo odrębnych zadań.

Okoliczność braku podziału inwestycji na zadania wynikała także z treści ogłoszenia o zamówieniu dla ww. inwestycji, jakie złożył przystępujący. W pkt II.1.8 i II.1.5 ww. ogłoszenia wskazano, że inwestycja nie została przez inwestora podzielona na żadne części. W formularzu inwestor wyraźnie zaznaczył bowiem opcję „NIE” w odpowiedzi na pytanie, czy zamówienie podzielone jest na części.

Również w treści SIWZ dotyczącej przetargu nieograniczonego na *zarządzanie projektem unijnym w zakresie budowy drogi ekspresowej S-2 od węzła „Konotopa” do węzła „Puławska” długości 15 km wraz z odcinkiem drogi ekspresowej długości ok. 5 km łączącej węzeł „Lotnisko” z węzłem „Międzynarodowy Port Lotniczy” i z węzłem „Marynarska”, etap III. Południowa Obwodnica Warszawy S2 – odcinek od węzła „Konotopa” (bez węzła) do węzła Lotnisko (bez węzła)* w pkt 1.3.1 opisu przedmiotu zamówienia wskazano, że inwestycja ma charakter kompleksowy (por. SIWZ, złożona przez przystępującego w trakcie rozprawy, w aktach sprawy).

Stanowisko zamawiającego potwierdziły także dowody w postaci oświadczeń samego inwestora - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 11 września 2018 r. i 13 września 2018 r. (korespondencja, w aktach sprawy). W pismach tych inwestor zapytany o rzekome dwa zadania wymienione przez odwołującego w wierszach 1 i 3 wykazu, wypowiedział się o wyłącznie jednym zadaniu, na którym pan M. S. pełnił funkcję kierownika budowy i było to zadanie pod nazwą *Budowa drogi ekspresowej S2 od węzła Konotopa do węzła Puławska wraz z odcinkiem drogi ekspresowej łączącej węzeł Lotnisko z węzłem MPL Okęcie i węzłem Marynarska, etap III odcinek od węzła Konotopa (bez węzła) do węzła Lotnisko (bez węzła)*. Co istotne, inwestor zaprzeczył także, jakoby pan S. miał pełnić w ramach inwestycji jakąkolwiek funkcję kierownika robot, na co odwołujący powoływał się w wierszu 3 wykazu.

Nie świadczyły o odrębności zadań 1 i 3 przedstawione przez odwołującego protokoły kontroli obowiązkowej i wydane na ich podstawie decyzje o zezwoleniu na użytkowanie

dotyczące niektórych obiektów realizowanych na budowie Południowej Obwodnicy Warszawy. Oczywistym jest, że w trakcie realizacji złożonych zadań, zgodnie z właściwymi przepisami w stosunku do niektórych obiektów są sporządzane odrębne protokoły odbioru i wydawane są odrębne pozwolenia na użytkowanie. Powyższe nie oznacza jednak, że taki obiekt został wykonany w ramach jakiegoś odrębnego zadania. O tym, jak należało rozumieć pojęcie „zadania”, wspomniano już wcześniej. Zdaniem Izby, podział inwestycji na zadania musi mieć jakąkolwiek podstawę, a takiej tu nie było.

W tej sytuacji stanowisko odwołującego jakoby w wierszu 1 i 3 wymieniono dwa odrębne zadania a zamawiający błędnie ocenił jego ofertę w spornym kryterium nie znajdowało uzasadnienia. Zamawiający prawidłowo uznał, iż wykonawca wykazał doświadczenie pana S. w pełnieniu funkcji kierownika budowy jedynie na dwóch zadaniach odpowiadających treści warunku, co zgodnie z SIWZ uzasadniano przyznaniem odwołującemu 20, a nie 40 pkt. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp należało zatem uznać za chybiony.

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. 4 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. t. j. z 2018 r. poz. 419 ze zm.) (w brzmieniu obowiązującym w dacie wykazywania przez przystępującego zasadności zastrzeżenia, tj. 27 sierpnia 2018 r.), *przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności*.

Ustalono, że przystępujący zastrzegł, jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa, wypełniony przez siebie formularz „doświadczenie kierownika zespołu nadzoru – inspektora nadzoru robót drogowych” (s. 8-9 oferty). W formularzu tym wykonawcy mieli za zadanie podać następujące dane odnoszące się do kandydata na stanowisko kierownika zespołu nadzoru:

- 1) pełniona funkcja,
- 2) imię i nazwisko,
- 3) nazwa zadania,

- 4) ilość miesięcy doświadczenia zawodowego na stanowisku inspektora nadzoru / kierownika budowy / kierownika robót drogowych na wskazanym zadaniu,
- 5) rodzaj robót (budowa/rozbudowa/przebudowa drogi publicznej) i (budowa/rozbudowa/przebudowa drogowego obiektu mostowego),
- 6) klasa drogi (np. G, Z, S),
- 7) wartość zadania,
- 8) podmiot na rzecz którego usługi zostały wykonane.

Ustalono także, że na str. 17-20 oferty przystępujący przedstawił uzasadnienie zastrzeżenia ww. informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ustalono również, że zamawiający pismem z dnia 15 października 2018 r. odmówił udostępnienia odwołującemu str. 8 i 9 oferty przystępującego, uznając, że wykonawca ten skutecznie zastrzegł tę część oferty jako tajemnica przedsiębiorstwa.

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 regułom 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 rolą 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. 4 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. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (w brzmieniu obowiązującym w dacie zastrzegania informacji):

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

Ustawodawca w art. 11 ust. 4 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. Szwejki*, 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-Głuszko, Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji, Prace Instytutu Prawa Własności Intelktualnej 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. 4 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 została ujawniona do wiadomości publicznej, a więc w stosunku do której uprawniony może dotrzeć korzystając ze zwykłych środków.

Po trzecie zaś, za „niezbędne” działania w celu zachowania poufności należy uznać takie działania, które są skuteczne, a więc gwarantują, że informacje poufne, takimi pozostają.

Izba stwierdziła, że w analizowanej sprawie przystępujący nie sprostął ciężarowi udowodnienia żadnej z przesłanek definicji legalnej pojęcia „tajemnicy przedsiębiorstwa”. W konsekwencji zaś zamawiający z naruszeniem art. 8 ust. 1 i ust. 3 Pzp zaniechał czynności odtajnienia informacji znajdujących się w załączniku nr 1 do oferty „doświadczenie kierownika zespołu nadzoru - Inspektora nadzoru robót drogowych” złożonym przez przystępującego.

W pierwszej kolejności podkreślić należało niezwykle ograniczoną ilość danych znajdujących się w zastrzeżonym załączniku. Dane te dotyczyły jednej osoby, sprowadzały się do podania jej imienia i nazwiska a także opisanie fragmentu doświadczenia zawodowego, obejmującego maksymalnie 3 inwestycje, na których dana osoba miała pełnić funkcje kierownika budowy lub robót, czy inspektora nadzoru. Odwołujący słusznie zatem podniósł w odwołaniu, że przedstawione w wykazie informacje były informacjami

stanowiącymi własność osoby wskazanej w wykazie, ograniczając się w zasadzie wyłącznie do ujawnienia fragmentu jej doświadczenia. Nie zostało wykazane zamawiającemu dlaczego tak wąski wycinek informacji miałby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego. W szczególności nie zostało udowodnione, że osoba, której dane ujawniono w wykazie w ogóle wie, iż nie może nikomu ujawniać, iż pełniła w przeszłości określone funkcje na kontraktach wymienionych w wykazie przystępującego. Nie wykazano także żadną miarą, aby inwestor zdecydował się takie dane chronić i nie ujawniać ich nikomu. W sporządzonym przez siebie uzasadnieniu zastrzeżenia, przystępujący milczał bowiem na ten temat. Odwołujący słusznie wskazał w odwołaniu, że utajnione doświadczenie kandydata musiało być zgodnie z SIWZ zdobyte podczas pełnienia funkcji publicznej w toku procesu budowlanego, podlegającej ujawnieniu zgodnie z właściwymi przepisami. Dane dotyczące sprawowania funkcji kierownika budowy, kierownika robót czy inspektora nadzoru uwidaczniane są bowiem w stosownych dokumentach urzędowych. Przykładowo informacja na temat sprawowania przez pana S. funkcji kierownika budowy znajdowała się w złożonych przez odwołującego decyzjach o pozwoleniu na użytkowanie (por. załączniki do odwołania). Przystępujący nie wykazał zamawiającemu, w jaki sposób zapewnił, aby te publicznie dostępne dane jego kandydata na kierownika zespołu pozostawały jednak jego tajemnicą.

W tej sytuacji należało dojść do wniosku, że nie zostały wykazane co najmniej dwie z przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie można było stwierdzić, że sporne informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Nie udowodniono także, aby w stosunku do tych informacji podjęto „niezbędne działania” celem zachowania ich w poufności. Jak wcześniej wskazano, słowo „niezbędne” oznacza konieczność podjęcia działań skutecznych czyli takich które zagwarantują, że zastrzegane informacje pozostaną w poufności. W analizowanej sprawie przystępujący wypowiedział się, i to dość ogólnie, jedynie na temat standardów bezpieczeństwa danych w jego firmie. Jest to jednak niewystarczające z punktu widzenia informacji, która chciał chronić w tym konkretnym postępowaniu. Skoro wiedzę na temat spornych danych posiadają, poza przystępującym, także co najmniej kandydat na stanowisko kierownika zespołu nadzoru oraz inwestor, to obowiązkiem przystępującego było wykazanie, że również co najmniej te podmioty od początku chroniły i nadal chronią sporne informacje. Wiedzy na ten temat próżno było szukać w uzasadnieniu zastrzeżenia sporządzonym przez przystępującego.

Na marginesie należało dodać, że zamawiającemu nie wykazano także, iż informacja zastrzegana w tym konkretnym postępowaniu posiada dla wykonawcy jakąkolwiek wartość gospodarczą. Uzasadnienie wykonawcy co do spełnienia tej przesłanki sprowadziło się do kilku ogólnych, gołosłownych i nic niewnoszących do sprawy sformułowań typu „*wiedza, umiejętności, doświadczenie osób pracujących i współpracujących z wykonawcą mają wartość gospodarczą, stanowią bowiem podstawę jego codziennego funkcjonowania*”. W

drugim zdaniu przystępujący wskazał, że informacje mają dla niego szczególne znaczenie, z uwagi na „liczną i wysoko wyspecjalizowaną kadrę dedykowaną do realizacji usługi”. Tymczasem w spornym wykazie nie było mowy o żadnej „licznej kadrze”, gdyż dokument ten zawierał dane jednej osoby, ograniczające się do imienia, nazwiska i urywka doświadczenia zawodowego. Ogólne wywody zaś o możliwości podkupienia osób nie zostały przez wykonawcę rozwinięte. Nie wyjaśniono czy wskazane w wykazie doświadczenie osoby jest jakieś wyjątkowe, unikalne, czy zdecydowała się ona na wykonanie zadania dla przystępującego po jakichś rewelacyjnie niskich stawkach (jak obniżonych w stosunku do rynkowych?). Żadną miarą nie wyjaśniono, nie mówiąc o wykazaniu, tego istniejącego rzekomo niebezpieczeństwa podkupienia. Twierdzenie co do rzekomej praktyki podkupowania nie zostało rozwinięte ani poparte żadnym dowodem, np. czy choć raz taka sytuacja miała miejsce w firmie przystępującego, jakich osób dotyczyła itd. Wywód nie został poparty żadnym dowodem, co należało do obowiązków wykonawcy, zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp. Kompletnie niezrozumiały natomiast okazał się także wywód przystępującego o potrzebie chronienia rozwiązań technicznych stosowanych w przedsiębiorstwie. W zastrzeżonym wykazie próżno było szukać jakichkolwiek informacji o charakterze technicznym, stosowanych w firmie przystępującego.

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 informacji przedstawionych przez przystępującego celem oceny w pozacenowym kryterium oceny ofert. Powyższe uniemożliwiło innym wykonawcom skorzystanie ze środków ochrony prawnej w zakresie punktacji przyznanej przez zamawiającego w tym kryterium przystępującemu, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą.

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 załączniku nr 1 do oferty (doświadczenie kierownika zespołu nadzoru - Inspektora nadzoru robót drogowych) złożonym przez przystępującego.

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

Odnośnie 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.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia - częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku ½ (zarzuty dotyczące punktacji przyznanej ofercie odwołującego) i chybione w pozostałej części (zarzuty dotyczące zaniechania czynności odtajnienia części oferty przystępującego). 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 Izba w kwocie 3.600 zł oraz koszty poniesione z 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:** .....