

WYROK
z dnia 13 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 marca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **S. S.A.S. w N., (...)** oraz **B. sp. z o. o. w (...)**

w postępowaniu prowadzonym przez **P. P. L. K. S.A. w (...)**

przy udziale wykonawcy **E. P. sp. z o.o. w (...)**, zgłaszającego 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 i uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w wykazie osób złożonym przez wykonawcę E .P. sp. z o.o. w (...),**
2. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
3. kosztami postępowania w części $\frac{1}{4}$ obciąża **P. P. L. K. S.A. w (...)**, zaś wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **S. S.A.S. w N., (...)** oraz **B. sp. z o. o. w (...)** w części $\frac{3}{4}$ i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3.600 zł 00 gr** poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę **250 zł 20 gr** poniesioną przez odwołującego tytułem kosztów dojazdu na rozprawę oraz kwotę **3.600 zł 00 gr** poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3.2. zasądza od **P. P. L. K. S.A. w (...)** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **S. S.A.S. w N., F. oraz B. sp. z o. o. w (...)** kwotę

2.012,55 zł (słownie: dwóch tysięcy dwunastu złotych pięćdziesięciu pięciu groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – P. P. L. K .S.A. w (...) – 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 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu <Poprawa dostępu kolejowego do portów morskich w S. i Ś.>”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2 września 2016 r., nr 2016/S 169-304351.

17 lutego 2017 r. zamawiający zawiadomił wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia S. S.A.S. w N., (...) oraz B. sp. z o. o. w (...), zwanych dalej „odwołującym”, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę E. Poland sp. z o.o. w (...), zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego, której treść nie odpowiadała SIWZ i która zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 2) zaniechania czynności uznania za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w wykazie osób przystępującego i wyjaśnieniach przystępującego odnoszących się do elementów oferty mających wpływ na obliczenie ceny,

odwołujący wniósł 27 lutego 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 i 2 Pzp, art. 8 ust. 1, 2, 3 Pzp oraz art. 96 ust. 3 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1, 2 oraz 3 Pzp, art. 11 ust. 4 u.z.n.k w zw. z art 8 ust. 2 oraz 3 Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i:

- 1) odrzucenia oferty przystępującego,
- 2) odtajnienia w całości oferty złożonej przez przystępującego w zakresie wykazu osób oraz treści wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny,
- 3) dokonania ponownej oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że przystępujący dokonał utajnienia części swojej oferty w zakresie wykazu osób oraz utajnił wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Odwołującemu została jedynie przekazana treść wezwania skierowanego przez zamawiającego do przystępującego, bez treści udzielonej przez ten podmiot odpowiedzi na wezwania. Wywiódł, że zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp, jedną z podstawowych zasad prawa

zamówień publicznych jest jawność tego postępowania, która może być ograniczona tylko w przypadkach określonych ustawą. Wprawdzie art. 8 ust. 3 Pzp przewiduje ograniczenie zasady jawności, dopuszczając zastrzeżenie poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to jednak należy mieć na uwadze, że przepis ten jest wyjątkiem od zasady. Przywołał definicję tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wywiódł, że treść art. 8 ust. 3 Pzp jest jasna i wynika z niej, iż wykonawca chcący zastrzec jawność informacji stanowiących dla niego tajemnicę przedsiębiorstwa, zobowiązany jest zastrzec, nie później niż w terminie składania ofert, że nie mogą być one udostępniane i wykazać, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest zatem nie tylko wskazanie, iż dane informacje spełniają obiektywne przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, ale również prawidłowe wykazanie tego faktu nie później niż w dniu składania ofert.

W ocenie odwołującego - w zakresie wykazu osób - do informacji nie podlegających zastrzeżeniu mogą należeć w szczególności informacje dotyczące kwalifikacji i doświadczenia osób (wymóg zawarty w specyfikacji), zajmowanych przez nich stanowisk i ilości „zaoferowanych” osób na poszczególne stanowiska. Każdorazowo badaniu powinna też podlegać zasadność zastrzeżenia imion i nazwisk, jak również podstaw dysponowania daną osobą, bowiem mogą występować okoliczności, w których fakt dysponowania daną osobą przez wykonawcę został ujawniony do publicznej wiadomości (a zatem nie spełnia ustawowych przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa), np. w sytuacji wskazania wykazu osób w jawnych umowach o zamówienie publiczne zawartych przez danego wykonawcę. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy w powyższym zakresie zawarte w ofercie przystępującego, sprowadza się wyłącznie do przywołania treści przepisu art. 11 ust. 4 u.z.n.k. oraz przywołania treści orzecznictwa. Takie uzasadnienie uznać należy za niewystarczające. Nie wykazuje ono bowiem m.in. faktu aby informacje te miały wartość gospodarczą. Co więcej w ślad za złożonymi twierdzeniami przystępujący nie złożył żadnych dowodów na podnoszone przez niego okoliczności. Z tego względu uznać należy, iż nie wykazał on tej okoliczności, a w konsekwencji zastrzeżenie tajemnicy jest niezasadne.

Również co do informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami brak jest podstaw do objęcia ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa wszystkich informacji zawartych w tego typu wyjaśnieniach. Zwłaszcza dotyczy to tak ogólnych kwestii, jak np. porównanie cen złożonych ofert, odniesienie do treści wezwania czy też stanowiących przytoczenie stanowisk doktryny i orzecznictwa, także samego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy (jeśli takie istniało). Nie sposób również uznać za zasadne zastrzeżenia informacji o charakterze uniwersalnym - właściwym wszystkim

podmiotom działającym na określonym rynku. W ocenie odwołującego, wykonawca nie miał prawa zastrzec informacji tam zawartych oraz uzasadnienia zastrzeżenia tych informacji. Przystępujący nie wykazał a nawet nie podjął próby wskazania, że oferty czy to stawki zatrudnienia osób, czy to koszty utrzymania np. środków transportu, w tym kosztów paliwa odbiegają od stawek funkcjonujących na rynku i w związku z tym podlegają ochronie w uzasadnionym interesie wykonawcy. W związku z tym nie wykazał, że zarówno informacje zawarte w wyjaśnieniach do rażąco niskiej ceny jak i przedstawione kalkulacje kosztów odnoszą się do jakichś wiadomości specjalnych, czy nieznanych reguł kalkulacji kosztów czy innych okoliczności uprawniających do przedstawienia wynagrodzenia podanego w ofercie. Nie było jakichkolwiek podstaw prawnych i faktycznych do zastrzegania przez przystępującego informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a czynność tego zastrzeżenia została dokonana tylko w celu uniemożliwienia konkurencyjnym wykonawcom weryfikacji złożonej oferty.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że oferta przystępującego jest sprzeczna w swej treści z treścią SIWZ. Zgodnie z pkt 23.1 tom I SIWZ - IDW, wykonawca zamierzający powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, zobowiązany był do wskazania tych części w Jednolitym Dokumencie (JEDZ) oraz do podania nazw firm tych podwykonawców. W pkt 23.2 Tom I SIWZ - IDW, zamawiający zastrzegł, że brak wskazania części zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom będzie rozumiany przez zamawiającego jako zgoda wykonawcy na wykonanie całego przedmiotu zamówienia samodzielnie, bez powierzenia części zamówienia podwykonawcom.

Z kolei, zgodnie z wymaganiami zamawiającego - pkt 5,2.3. Tom III SIWZ - OPZ (str. 27-28), wykonawca zobowiązany jest zlecić notyfikowanej jednostce certyfikującej ocenę zgodności każdego podsystemu na etapie projektu zgodnie z zapisami ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym. Wykonawca poniesie wszystkie koszty związane z realizacją procesu oceny zgodności, w tym koszty wynagrodzenia jednostki notyfikowanej (pkt 5.2.3. Tom III SIWZ - OPZ (str. 27-28)). Wskazywał, że jednostka notyfikowana jest to jednostka oceniająca zgodność, zgłoszona do Komisji Europejskiej i umieszczona w wykazie jednostek notyfikowanych do konkretnych dyrektyw. Jednostka taka ma nadany niepowtarzalny numer identyfikacyjny. Jednostka notyfikowana jest uprawniona do prowadzenia oceny zgodności i wydawania certyfikatów (świadectw) zgodności typu. W konsekwencji, jeśli sam wykonawca nie jest jednostką notyfikowaną posiadającą akredytację na każde z wymaganych badań, to wykonanie tego zakresu zamówienia należało powierzyć innemu podmiotowi lub podmiotom zdolnym do wykonania tej części zamówienia w sposób zgodny z wymaganiami zamawiającego. Zgodnie z wiedzą odwołującego, przystępujący nie dysponuje odpowiednimi akredytacjami dla wszystkich rodzajów wymaganych badań. W związku z powyższym, wykonawca ten powinien wskazać w ofercie - w części II sekcja D

formularza JEDZ - powierzenie wykonania tych zadań podwykonawcom oraz podać ich nazwy. Przystępujący co prawda zaznaczył, iż zamierza powierzyć podwykonawstwo części zamówienia, natomiast wbrew jednoznacznym wymaganiom pkt 23 IDW - nie określił części, które zamierza powierzyć oraz nie wskazał pełnych nazw firm podwykonawców, przez co nie ma możliwości jednoznacznego zidentyfikowania tych podwykonawców. Oferta przystępującego jest zatem niezgodna z wymaganiami SIWZ, gdyż albo wykonawca ten nie wypełnił obowiązku wynikającego z pkt 23.1 IDW, tj. określenia części zamówienia i nazw podwykonawców, którym zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia albo też złożona przez niego oferta zakłada realizację zamówienia niezgodnie z wymaganiami pkt 5.2.3 Tom III SIWZ - OPZ. W każdym wypadku, nieprawidłowość w ofercie przystępującego podlega kwalifikacji jako niezgodność z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący argumentował, że deklaracja co do sposobu wykonania zamówienia w zakresie korzystania lub nie z usług podwykonawców stanowi treść oferty rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy co do oferowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji (niezależnie od tego, w jakim dokumencie oświadczenie to zostało zawarte, co stanowi kwestię nie wpływającą na jego kwalifikację jako treści oferty). Treść oferty w tym zakresie ma ponadto charakter istotny, o czym przesądzają poglądy wyrażone w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych. Świadczą o tym również restrykcyjne wymagania w zakresie korzystania z usług podwykonawców przewidziane w warunkach umowy. Wobec powyższego, wskazane niezgodności z SIWZ nie kwalifikują się jako inne omyłki, których poprawienie byłoby możliwe w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Niezgodność dotyczy bowiem istotnego elementu oferty, jak również trudno wykazać, aby zaistniała w sposób omyłkowy. Brak również możliwości dokonania przez zamawiającego samodzielnego poprawienia oferty przystępującego, bez konieczności przeprowadzenia z nim niedopuszczalnych negocjacji co do treści złożonej oferty.

Zdaniem odwołującego o istotności powyższej niezgodności przesądza również fakt, iż skorzystanie z usług jednostki notyfikowanej stanowi istotny koszt realizacji zamówienia. Wykonawca już na etapie przygotowywania i wyceny oferty powinien dokonać odpowiedniego rozpoznania rynku w tym zakresie i uzyskać informację, co do tego, które laboratoria posiadają akredytację na wymagany zakres badań i jakie są koszty ich przeprowadzenia. Wymagane przez zamawiającego akredytacje nie są powszechne i przeprowadzenie niektórych badań możliwe jest wyłącznie w ograniczonej liczbie notyfikowanych jednostek na terenie kraju.

Według odwołującego, w szczególności uwzględnienie w cenie oferty kosztów wykonania zamówienia w sposób zgodny z zadeklarowanym kryterium oceny ofert, powinno stanowić jeden z elementów podlegających wykazaniu w składanych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Koszt ten jest istotny dla

oferowanego przez wykonawcę świadczenia i jego podanie oraz podanie nazwy laboratorium jest konieczne w celu umożliwienia zamawiającemu weryfikacji adekwatności zaoferowanej ceny do wartości przedmiotu zamówienia i oceny zgodności treści oferty z SIWZ. Zamawiający był zatem zobowiązany do weryfikacji wyjaśnień składanych przez wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 Pzp również pod kątem tego, czy koszty wykonania badań kontrolnych zostały przewidziane i w wysokości adekwatnej do rynkowej ceny tego typu usług. W powyższym zakresie, wyjaśnienia ceny złożone przez przystępującego mogą ponadto stanowić dowód potwierdzający niezgodność oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami SIWZ, co ujawniać się będzie przez brak uwzględnienia kosztów wykonania badań lub też niewykazanie uwzględnienia ich na odpowiednio wysokim poziomie, bądź też założenie, że badania te będą wykonywane przez laboratorium, które nie posiada akredytacji na wszystkie z wymaganych badań. Wyjaśnienia ceny złożone przez przystępującego zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, natomiast zarówno zamawiający, jak Izba mają możliwość weryfikacji czy przystępujący uwzględnił koszty wynikające z pkt 5.2.3. OPZ oraz wykazał, na jakiej podstawie dokonał oszacowania tych kosztów na deklarowanym poziomie, jak również czy wskazał nazwy jednostek, którym zostanie powierzone wykonanie badań.

Zaniechanie powyższego kwalifikuje się jako złożenie wyjaśnień niewystarczających, czy wręcz potwierdzających rażąco niską cenę złożonej oferty i stanowi podstawę jej odrzucenia zgodnie z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Jednocześnie, nie zachodzi w tym zakresie podstawa do powtórnego wezwania wykonawców do udzielenia wyjaśnień, gdyż instytucja ta służy wyłącznie wyjaśnieniu elementów złożonych wyjaśnień, które są niejasne lub niezrozumiałe dla zamawiającego, natomiast w żadnym wypadku nie może służyć uzupełnieniu okoliczności czy też pozycji kosztowych, które nie zostały w nich w ogóle uwzględnione lub udowodnione - w takiej sytuacji aktualizuje się bowiem konieczność zastosowania sankcji z art. 90 ust. 3 Pzp. Dlatego też pomimo zastrzeżenia tajemnicy, złożone wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny wydają się niewystarczające.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, jak również 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 zgłosił przystąpienie wykonawca E. P. sp. z o.o. w (...). Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o odrzucenie odwołania w części dotyczącej zarzutu zaniechania odtajnienia wykazu osób i o oddalenie odwołania w pozostałej części. W piśmie, jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), modyfikacje SIWZ, odpowiedzi zamawiającego na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ, ofertę złożoną przez przystępującego, wezwanie zamawiającego z 17 października 2016 r. skierowane do przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, wyjaśnienia przystępującego z 31 października 2016 r., wniosek odwołującego z 21 grudnia 2016 r. o udostępnienie protokołu z załącznikami, odpowiedź zamawiającego na ten wniosek z 22 grudnia 2016 r., wezwanie zamawiającego z 17 stycznia 2017 r. skierowane do przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, wyjaśnienia przystępującego z 23 stycznia 2017 r., wezwanie zamawiającego z 27 stycznia 2017 r. skierowane do przystępującego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, odpowiedź przystępującego na to wezwanie z 2 lutego 2017 r., wezwanie zamawiającego skierowane do przystępującego 8 lutego 2017 r. w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, odpowiedź przystępującego na to wezwanie z 9 lutego 2017 r., wniosek odwołującego o udostępnienie oferty przystępującego z 8 lutego 2017 r., odpowiedź zamawiającego na ww. wniosek z 15 lutego 2017 r., zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, zgłoszenie przystąpienia, pismo procesowe przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone 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. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Nie podzielono stanowiska przystępującego, wyrażonego w jego piśmie procesowym, jakoby zarzut odwołującego, odnoszący się do zaniechania przez zamawiającego odtajnienia wykazu osób złożonego przez przystępującego, był zarzutem spóźnionym. Przystępujący wywiódł, że skoro zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp oferty są jawne od chwili ich otwarcia, to odwołujący wiedząc o zastrzeżeniu przez przystępującego informacji z wykazu osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa mógł powziąć już w październiku 2016 r., gdyż data otwarcia ofert przypadała 13 października 2016 r. W trakcie rozprawy alternatywnie argumentował, że odwołanie należało wnieść najpóźniej w terminie wynikającym z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp liczonym od dnia, w którym zamawiający miał odmówić odwołującemu udostępnienia oferty przystępującego. Wywodził, że odmowa taka miała miejsce w grudniu 2016 r. i w lutym 2017 r.

Stanowisko przystępującego nie zasługiwało na uwzględnienie. Zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp, *załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia ...*”. Uszło uwadze przystępującego, że wykaz osób, którego odtajnienia domagał się odwołujący, został złożony przez przystępującego dopiero w dacie 2 lutego 2017 r. Nastąpiło to w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia takiego dokumentu skierowane do przystępującego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp w dniu 27 stycznia 2017 r. Wykaz ten nie został zatem złożony wraz z ofertą i nie stanowił jej części. Wykaz ten należało kwalifikować – z pkt widzenia art. 96 ust. 3 Pzp – jako, inny niż oferta, załącznik do protokołu. W konsekwencji podlegał on udostępnieniu dopiero po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Dopiero z tym momentem można było mówić o „zaniechaniu” przez zamawiającego wykonania jego obowiązku udostępnienia takiego załącznika. Wyboru oferty najkorzystniejszej dokonano w dniu 17 lutego 2017 r., zaś odwołanie wniesiono w dniu 27 lutego 2017 r., a zatem z zachowaniem 10-dniowego terminu, wynikającego z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp. Odwołanie w omawianej części nie mogło zatem zostać odrzucone jako spóźnione.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący został sklasyfikowany na drugim miejscu, za ofertą wybraną. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty wybranej. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał odrzucenia oferty wybranej skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania takiej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części dotyczącej zarzutu zaniechania odtajnienia przez zamawiającego informacji znajdujących się w wykazie osób złożonym przez przystępującego. W pozostałym zakresie odwołanie okazało się chybione.

W pierwszej kolejności należało odnieść się do zarzutów odwołującego dotyczących zaniechania odtajnienia przez zamawiającego wykazu osób i wyjaśnień przystępującego dotyczących ceny rażąco niskiej.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp, *postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. W myśl art. 8 ust. 2 Pzp, zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.*

Wreszcie, stosowanie do art. 8 ust. 3 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.*

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. 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.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, przystępujący zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 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.

Izba dokonała analizy uzasadnienia zastrzeżenia wykazu osób, a także uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień przystępującego w przedmiocie ceny rażąco niskiej. Stwierdzono, że uzasadnienie utajnienia wykazu osób sporządzone przez przystępującego jest nad wyraz ogólne, lakoniczne, możliwe do sporządzenia w zasadzie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia i przez każdego wykonawcę. Ponadto tak sporządzone uzasadnienie nie zostało poparte jakimkolwiek dowodem.

W odniesieniu do wykazu osób przystępujący – w zakresie wartości gospodarczej zastrzeganych informacji - w swym uzasadnieniu wskazał jedynie, że informacje o kwalifikacjach, jak również o potencjale kadrowym wykonawców, mają znaczenie gospodarcze. Wywiódł, że dla podmiotów świadczących usługi na rynku inżynierskim, o sile firmy przesądza przede wszystkim kapitał ludzki. Argumentował, że na rynku poszukiwani i cenieni są wysokiej klasy specjaliści, zaś ich wiedza fachowa stanowi wartość gospodarczą. Przystępujący wskazał też, że walka o pracowników w branży inżynierskiej bardzo się zaostrzyła w ostatnim czasie.

Ponadto oświadczył, że podjął działania celem zachowania poufności i wskazał na te działania. Wreszcie oświadczył, że informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej.

Po analizie tak sporządzonego uzasadnienia Izba stwierdziła, że rację ma odwołujący gdy twierdzi, że przystępujący nie wykazał, iż zastrzegane informacje mają dla przystępującego jakąkolwiek wartość gospodarczą. Odnosząc się do przytoczonego uzasadnienia należało stwierdzić, że o ile rzeczywiście informacje z wykazu osób obejmujące wykształcenie i doświadczenie kadry mogą potencjalnie przedstawiać dla wykonawcy pewną wartość gospodarczą w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, to jednak przystępujący nie wykazał, iż taka sytuacja wystąpiła również w tym przypadku.

Dostrzeżenia wymagało, że w wykazie osób wykonawcy zobowiązani byli ujawnić ograniczoną ilość informacji. Znajdowały się tam tylko dane odnośnie imienia i nazwiska kilku

osób, opis fragmentu ich doświadczenia zawodowego, podstawy dysponowania przez wykonawcę daną osobą, posiadane przez nią uprawnienia i proponowane stanowisko na kontrakcie. W szczególności w analizowanej sprawie istotnym było, że należało ujawniać nie całe doświadczenie zawodowe kandydata, ale opis jego doświadczenia w zakresie koniecznym do spełnienia warunku udziału w postępowaniu (pkt 8.5.2. SIWZ). Ponadto wykaz ograniczał się do danych na temat kilku osób, a nie całego personelu, którym dysponuje wykonawca. Zakres ten był więc bardzo ograniczony.

W ocenie Izby argumentacja przystępującego odnośnie wartości gospodarczej informacji okazała się ogólna, wręcz szczątkowa. Jak wynikało z powyższego, wykonawca powoływał się jedynie lakonicznie na sytuację na rynku i znaczenie wiedzy fachowej osób. Wspomniał także jednym zdaniem o zaostrzeniu walki o pracowników. Nie wiadomo, czy jak jeżeli tak to kiedy, przystępujący zetknął się z praktyką podkupywania osób, jakiej liczby osób w jego firmie taka praktyka dotknęła. Na tę okoliczność nie przedstawiono też zamawiającemu żadnego dowodu. Przystępujący nie wykazał również, aby wymagane w SIWZ doświadczenie miało charakter wyjątkowo specjalistyczny, unikalny, usprawiedliwiający przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka agresywnego pozyskiwania takich osób. W szczególności nie wiadomo, ile z doświadczeniem zawodowym wymaganym przez zamawiającego jest dostępnych na rynku.

Okoliczność, że również inni wykonawcy zastrzegli w swych ofertach informacje o osobach, które zamierzają skierować do realizacji zamówienia, sama przez się nie dowodziła prawidłowości zastrzeżenia w ofercie przystępującego. Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp, w analizowanej sprawie ocenie Izby podlegała wyłącznie kwestia prawidłowości zastrzeżenia wykazu osób sporządzonego przez przystępującego.

Przy wyrokowaniu pomięto natomiast dalszą argumentację przystępującego, który w trakcie rozprawy starał się wskazywać kolejne powody, dla których zastrzegane informacje posiadają wartość gospodarczą. Wywodził, że samo zdobycie informacji o tym, że dana osoba posiada konkretne doświadczenie, ma wartość gospodarczą. Podnosił, że poszukiwanie odpowiedniej osoby to proces trwający w czasie i czasami angażuje się do niego firmę rekrutującą.

Przedstawienie tej argumentacji dopiero w trakcie postępowania odwoławczego należało uznać za spóźnione. Z art. 8 ust. 3 Pzp wynika obowiązek wykazania skuteczności zastrzeżenia w postępowaniu przed zamawiającym, a nie w toku postępowania odwoławczego przez Izbę. Zadaniem Izby jest jedynie ocena, czy wykonawca sprostał obowiązkowi wykazania skuteczności zastrzeżenia w ustawowym terminie.

Wobec powyższego nakazano zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i uznanie za

bezszyfrowane zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w wykazie osób złożonym przez przystępującego.

Za chyby uznano zarzut dotyczy niezasadnego zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji zawartych w wyjaśnieniach przystępującego co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Ustalono, że w odpowiedzi na wezwania zamawiającego do wyjaśnienia elementów kalkulacyjnych, kierowane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, przystępujący złożył zamawiającemu wyjaśnienia w dniu 31 października 2016 r. i dodatkowe wyjaśnienia w dniu 23 stycznia 2017 r. Ustalono również, że uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa przystępujący zawarł w końcowej części swych wyjaśnień z 31 października 2016 r. Na to uzasadnienie powołał się także w piśmie z 23 stycznia 2017 r. Dostrzeżenia wymagało przy tym, że wykonawca zastrzegł jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa także owo uzasadnienie, dlatego jego treść nie zostanie w tym miejscu przytoczona.

Izba po dokonaniu analizy uzasadnienia, a także konfrontując to uzasadnienie z zastrzeżonymi informacjami, stwierdziła, że przystępujący sprostował obowiązkowi wykazania skuteczności zastrzeżenia.

Wzięto pod uwagę szczegółowość zastrzeganych informacji, ich ilość, a także treść dowodów załączonych do obu wyjaśnień. Obejmowały one szczegółową kalkulację ceny, założenia do ofertowania, oferty podwykonawców i kooperantów, stawki cenowe oferowane przystępującemu, marże, rabaty. Ponadto zawierały umowy dotyczące zatrudnienia personelu, ujawniające de facto wszystkie postanowienia, łącznie z warunkami zatrudnienia osób, stawkami wynagrodzenia, wymiarem czasu zatrudnienia, stosowanymi klauzulami umownymi itd. Wyjaśnienia zawierały także dowody co do sprzętu posiadanego przez przystępującego, a także ujawniały treść umów odnośnie niektórych nieruchomości.

W tej sytuacji udostępnienie tych danych konkurującym wykonawcom umożliwiłoby poznanie szczegółowych warunków zatrudnienia personelu, doprowadziłoby do ujawnienia marż i rabatów oferowanych przez podwykonawców i kooperantów, polityki cenowej, posiadanego sprzętu i potencjału technicznego. Nie można było również utrzymywać, że są to informacje o charakterze uniwersalnym - właściwe wszystkim podmiotom działającym na określonym rynku, jak podnosił odwołujący. Stwierdzono zatem, że twierdzenia przystępującego co do zawartości i wartości gospodarczej zastrzeganych informacji znalazły potwierdzenie w treści i szczegółowości tych danych.

Rzeczywiście przystępujący zastrzegł także jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa i te fragmenty wyjaśnień, w których odwoływał się do poglądów doktryny czy orzecznictwa. Informacje takie nie posiadały waloru tajemnicy przedsiębiorstwa nie spełniając żadnej z elementów definicji legalnej z art. 11 ust. 4 uznk i powinny podlegać odtajnieniu. Wzięto

jednak przy tym pod uwagę, że celem odwołującego była chęć zapoznania się z merytoryczną treścią wyjaśnień przystępującego. Zaniechanie odtajnienia poglądów doktryny czy orzecznictwa nie może mieć także jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w rozumieniu art. 192 ust. 2 Pzp. W konsekwencji odwołanie w rozpatrywanej części podlegało oddaleniu.

Za chybiony należało uznać zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, mającego polegać na zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego, której treść miała być niezgodna z postanowieniem pkt 23.1 tomu I SIWZ i pkt 5.2.3 tomu II SIWZ.

Ustalono, że zamawiający w pkt 5.2.3 tomu II SIWZ przewidział, co następuje:
Wykonawca ma obowiązek przewidzieć w dokumentacji projektowej takie materiały – elementy podsystemów, zaliczane do składników interoperacyjności, które posiadają już stosowne certyfikaty WE zgodności lub przydatności do stosowania, wydane przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą, dla których zostały wydane deklaracje zgodności WE.

Wykonawca jest zobowiązany zlecić notyfikowanej jednostce certyfikującej ocenę zgodności każdego podsystemu na etapie projektu zgodnie z zapisami Ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (z późn. zm.), która wdraża regulacje Dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady Europejskiej oraz Decyzji Komisji Europejskiej. W wyniku przeprowadzonej przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą oceny zgodności i uzyskanych wszystkich niezbędnych pośrednich certyfikatów weryfikacji WE podsystemów. Wykonawca ma obowiązek przedstawienia pośrednich deklaracji weryfikacji WE podsystemów.

Wykonawca dostarczy Zamawiającemu dla każdego z podsystemów pośrednią deklarację weryfikacji WE oraz całość dokumentacji przebiegu oceny zgodności wraz z certyfikatami pośrednimi weryfikacji WE wydanymi przez jednostkę notyfikowaną.

Wykonawca poniesie wszystkie koszty związane z realizacją procesu oceny zgodności, w tym koszty wynagrodzenia jednostki notyfikowanej.

Z kolei w pkt 23 tomu I SIWZ zamawiający wskazał, co następuje:

- 1. Zamawiający dopuszcza powierzenie całości zamówienia podwykonawcom. Wykonawca zobowiązany jest wskazać w Jednolitym Dokumencie, części Zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podać firmy tych podwykonawców.*
- 2. Brak wskazania części zamówienia, które Wykonawca zamierza powierzyć Podwykonawcom będzie rozumiany przez Zamawiającego jako zgoda Wykonawcy na wykonanie całego przedmiotu zamówienia samodzielnie, bez powierzenia części zamówienia podwykonawcom.*

Ustalono także, że zamawiający w pkt 9.1. tomu I SIWZ zamawiający przewidział, że w celu wykazania, że brak jest podstaw do wykluczenia z postępowania oraz na potwierdzenie

spełnienia warunków udziału w postępowaniu, każdy z Wykonawców złoży Jednolity Dokument, którego wzór stanowi Załącznik nr 8 do IDW.

Z kolei we wzorze Jednolitego Dokumentu (załącznik nr 8 do SIWZ), w części II sekcji 4, zamawiający zobowiązał wykonawców do podania następujących informacji:

Podwykonawstwo:

Czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia?

Odpowiedź:

Tak Nie

Jeżeli tak i o ile jest to wiadome, proszę podać wykaz proponowanych podwykonawców:

[...]

Ustalono również, że przystępujący złożył wraz z ofertą wypełniony Jednolity Dokument. W części II sekcji D przystępujący zaznaczył odpowiedź „tak”, a ponadto podał proponowanych podwykonawców: J.-G. oraz G.. Pełne dane dotyczące tych podmiotów znalazły się w Jednolitych Dokumentach odnoszących się do tych podwykonawców, które również złożono wraz z ofertą.

Z wyjaśnień przystępującego co do ceny rażąco niskiej 23 stycznia 2017 r. wynikało, że skalkulował w cenie swej oferty koszty certyfikacji, o której mowa w pkt 5.2.3 OPZ. Ujawnił w której pozycji ujęto ten koszt. Ponadto załączono do wyjaśnień ofertę jednostki notyfikowanej, w której ujawniono precyzyjnie wysokość tych kosztów. Jednostka notyfikowana nie została wpisana w Jednolitym Dokumentcie jako podwykonawca.

Nie było sporne, że przystępujący ani wskazani przez niego podwykonawcy nie są jednostkami notyfikowanymi, które zgodnie z odrębnymi przepisami są uprawnione do wydania wymaganych przez zamawiającego certyfikatów weryfikacji WE podsystemów.

W tej sytuacji istota sporu pomiędzy stronami polegała na tym, czy uzyskanie przez wykonawcę certyfikatów pochodzących od jednostki notyfikowanej, o których mowa w pkt 5.2.3. tomu II SIWZ, musi być kwalifikowane jako „podwykonawstwo” i czy w związku z tym podmiot taki powinien zostać ujawniony w Jednolitym Dokumentcie w części II w sekcji D.

Stosownie do art. 2 pkt 9b Pzp, przez umowę o podwykonawstwo należy rozumieć *umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą) (...).*

W ocenie Izby z przywołanych postanowień pkt 5.2.3. tomu II SIWZ wynikał jedynie obowiązek wykonawcy do dostarczenia odpowiednich dokumentów zawierających ocenę zgodności z właściwymi systemami odniesienia. Ponieważ zgodnie z odrębnymi przepisami, dokumenty takie może sporządzić i wydać jedynie jednostka notyfikowana, zamawiający

wymagał, aby wykonawca dostarczył mu takie certyfikaty i poniósł związane z tym koszty, w tym dotyczące wynagrodzenia jednostki. Jak wynikało z powyższego, zamawiający nie wymagał, aby to wykonawca – w ramach swoich obowiązków – wykonał certyfikację. Ponadto, jak słusznie podnosili zamawiający i przystępujący, uprawnienia do prowadzenia certyfikacji, sposób jej prowadzenia, jej zakres określały właściwe przepisy. Jednostka notyfikowana zaś – w zakresie certyfikacji - niejako działa z ramienia szeroko rozumianej władzy państwowej, która upoważniła ją do takich czynności. Powyższe przesądza, że jednostka taka nie musiała być przez wykonawców kwalifikowana jako podwykonawca w rozumieniu art. 2 pkt 9b Pzp. Nie jest to bowiem usługa, stanowiąca część zamówienia publicznego.

Za chybione uznano także stanowisko odwołującego, że przystępujący nie podał w dokumencie JEDZ pełnych nazw podwykonawców. Uszło uwadze odwołującego, że informacje takie wynikały z dokumentów JEDZ odnoszących się do tych podmiotów. Odnośnie zaś braku wskazania części zamówienia, za które mieli odpowiadać podwykonawcy Izba stwierdziła, że istniała wewnętrzna sprzeczność pomiędzy pkt 23. 1 tomu I SIWZ, a wzorem formularza JEDZ (zał. nr 8 do SIWZ). Z jednej strony zamawiający nałożył wprawdzie na wykonawców obowiązek podania takiej informacji i to w dokumencie JEDZ. Jednocześnie jednak ze wzoru dokumentu JEDZ (załącznik nr 8 do SIWZ) z części II sekcja D, wynikał jedynie obowiązek podania nazw podwykonawców i to tylko wtedy, gdy są oni znani. Nie było zatem obowiązku podania części zamówienia zlecanej podwykonawcom. W ocenie Izby sprzeczne postanowienia SIWZ nie mogą skutkować negatywnymi konsekwencjami dla wykonawcy. Odwołanie w omawianej części musiało zatem zostać oddalone.

Za chybiony uznano zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Odwołujący w pierwszej kolejności wywiódł, że zamawiający zaniechał odrzucenia oferty przystępującego, który w swej cenie ofertowej miał nie skalkulować kosztów certyfikacji, o której mowa w pkt 5.2.3 tomu II SIWZ, przytoczonym powyżej.

Po dokonaniu analizy oferty przystępującego, a także wyjaśnień składanych przez przystępującego w odpowiedzi na wezwania zamawiającego, Izba stwierdziła, że stanowisko odwołującego nie jest zgodne z rzeczywistością. W szczególności w omawianym zakresie rozstrzygająca okazała się treść pkt 4 wyjaśnień przystępującego z 23 stycznia 2017 r. oraz załączona do nich oferta jednostki notyfikowanej. Ponieważ obydwa dokumenty zostały objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego, ich szczegółowa treść nie została przytoczona. Wykonawca ujawnił w tych dokumentach nazwę jednostki notyfikowanej, przedstawił jej szczegółową ofertę, odnoszącą się do tego konkretnego

zamówienia. Co istotne, koszt tej oferty został uwzględniony w cenie ofertowej w elemencie rozbicia ceny wskazanym przez przystępującego.

Gołosłownym pozostał zarzut, że ww. laboratorium nie posiada akredytacji na wszystkie wymagane badania. Nie zostało również udowodnione, jakoby koszt badań został zaniżony. Odwołujący na poparcie swych twierdzeń nie przedstawił bowiem żadnych dowodów.

Odwołanie w omawianej części musiało zatem zostać oddalone.

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 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 (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. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia lub naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania. Naruszenie art. 8 ust. 1-3 Pzp polegające na zaniechaniu uznania za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w wykazie osób przystępującego może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Ustalenie, że zamawiający wbrew przepisom ustawy zaniechał uznania za bezskuteczne zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa prowadziło do nakazania zamawiającemu dokonania tej czynności. Powyższe umożliwi wykonawcom skuteczne skorzystanie ze środków ochrony prawnej w takim zakresie, w jakim nie mogli z nich korzystać z uwagi na nieudostępnienie im dokumentów złożonych przez przystępującego. W konsekwencji może

to doprowadzić do wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu, co oznaczać będzie zmianę wyniku postępowania.

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 i uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w wykazie osób złożonym przez przystępującego, w sposób wskazany w pkt 1 sentencji.

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

Odnosnie 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.

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.)”* J. J., *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: *Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI*.

Zatem użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot *stosownie do jego wyniku* należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31

stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314 *stosunkowe rozdzielenie kosztów polega na rozdzielenie kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.*

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 oraz w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie. Izba stwierdziła, że zasadny okazały się 1 zarzut, zaś za niezasadne należało uznać 3 zarzuty. Odwołanie okazało się zasadne zatem w stosunku 25% (1/4), zaś niezasadne w stosunku 75% (3/4). Kosztami postępowania w wysokości 75% obciążono zatem odwołującego, zaś kosztami w wysokości 25% - zamawiającego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w maksymalnie dopuszczalnej wysokości 3.600 zł, koszty dojazdu pełnomocnika odwołującego w wysokości 250,20 zł, a także koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł, co łącznie dawało kwotę 22.450,20 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.850 zł (15.000,00 zł tytułem wpisu, 250,20 zł tytułem kosztów dojazdu i 3.600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 16.837,65 zł (22.450,20 zł x 75%). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 2.012,55 zł (18.850,00 – 16.837,65), 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 i § 5 ust. 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 ze zm.).

Przewodniczący: