

**Sygn. akt: KIO 396/18**

**WYROK**  
**z dnia 26 marca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Jan Kuzawiński**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 12 i 22 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2018 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "WOD-KAN- G." Sp. z o.o., ul. Chmieleńska 17, 83-300 Kartuzy,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Malbork, Plac Słowiański 5, 82-200 Malbork,**  
przy udziale

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum IDS-BUD S.A., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa, ABIKORP Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o., ul. Drumli 16, 02-877 Warszawa, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum MCC S.A., ul. Kaliska 11, 87-860 Chodecz, M. Sp. z o.o., ul. Płocka 164, 87-800 Włocławek, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp polegającego na uznaniu za skuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do dokumentów stanowiących załączniki do pisma wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum MCC S.A., ul. Kaliska 11, 87-860 Chodecz, M. Sp. z o.o., ul. Płocka 164, 87-800 Włocławek z dnia 20.02.2018 r. skierowanego do Zamawiającego oraz nieujawnieniu tych dokumentów i nakazuje Zamawiającemu:
  - 1.1. uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów stanowiących załączniki do pisma wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum MCC S.A., ul. Kaliska 11, 87-860 Chodecz, M. Sp. z o.o., ul. Płocka 164, 87-800 Włocławek z dnia 20.02.2018 r. skierowanego do Zamawiającego,

- 1.2. unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 1.3. powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. w pozostałym zakresie odwołanie oddala;
3. kosztami postępowania w 50% obciąża Odwołującego – wykonawcę **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "WOD-KAN- G." Sp. z o.o., ul. Chmieleńska 17, 83-300 Kartuzy**, w 50% obciąża Zamawiającego - **Miasto Malbork, Plac Słowiański 5, 82-200 Malbork** i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "WOD-KAN- G." Sp. z o.o., ul. Chmieleńska 17, 83-300 Kartuzy** tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 3 600 zł 00 gr poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika kwotę 588 zł 00 gr poniesioną przez Zamawiającego tytułem kosztów dojazdu na rozprawę,
  - 3.2. zasądza od Zamawiającego - **Miasto Malbork, Plac Słowiański 5, 82-200 Malbork**, na rzecz Odwołującego – wykonawcy **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "WOD-KAN- G." Sp. z o.o., ul. Chmieleńska 17, 83-300 Kartuzy** - kwotę 4 706 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące siedemset sześć złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Malbork – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa kolektora deszczowego z systemem podczyszczającym i retencjonującym wody opadowe w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Pomorskiego na lata 2014-2020, Osi Priorytetowej 11 Środowisko, Działanie 11.1 Ograniczenie zagrożeń naturalnych, współfinansowanego z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego.*

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez zamieszczenie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21.12.2017 r. pod numerem 635388-N-2017, a więc do postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zmienionej z dniem 28.07.2016 r. na mocy przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

W dniu 23.02.2018 r. Zamawiający przekazał wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia konsorcjum: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "WOD-KAN- G." Sp. z o.o., ul. Chmieleńska 17, 83-300 Kartuzy i SANIMET K. G., ul. Kopalniana 10A, 42-271 Częstochowa, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum MCC S.A., ul. Kaliska 11, 87-860 Chodecz i M. Sp. z o.o., ul. Płocka 164, 87-800 Włocławek (dalej jako MCC lub Przystępujący MCC).

Wobec powyższej czynności odwołanie w dniu 28.02.2018 r. wniósł wykonawca konsorcjum: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "WOD-KAN- G." Sp. z o.o., ul. Chmieleńska 17, 83-300 Kartuzy i SANIMET K. G., ul. Kopalniana 10A, 42-271 Częstochowa, reprezentowany przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "WOD-KAN- G." Sp. z o.o. (dalej jako Odwołujący).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez uznanie oferty złożonej przez wykonawcę MCC za ofertę najkorzystniejszą, podczas gdy Konsorcjum nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, określonych w punkcie 3.2.1

SIWZ, zatem Konsorcjum podlegało wykluczeniu, a jego oferta powinna uznana za odrzuconą.

W treści uzasadnienia odwołania Odwołujący podniósł także, że czynnościami bezprawnymi było zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów złożonych przez Przystępującego MCC wraz z pismem z dnia 20.02.2018 r. oraz zaniechanie udostępnienia Odwołującemu tych dokumentów przez Zamawiającego.

W oparciu o powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów przedłożonego na rozprawie oraz nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonania ponownej oceny ofert złożonych w Postępowaniu;
- wykluczenia konsorcjum MCC ze względu na to, iż Konsorcjum nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, określonych w punkcie 3.2.1 SIWZ.

W toku rozprawy przed Izłą Odwołujący rozszerzył żądania, wnosząc o udostępnienie załączników do pisma Przystępującego MCC z dnia 20.02.2018 oraz dokumentów przekazanych Zamawiającemu przez Gdańską Infrastrukturę Wodociągowo – Kanalizacyjną Sp. z o.o. w Gdańsku.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący powołuje się na następujące okoliczności. Wskazuje, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, pismem z dnia 5.02.2018 r. wykonawca MCC przedłożył m. in. wykaz robót wraz z referencjami. Przedmiotowe referencje, wystawione w dniu 26.04.2016 roku przez syndyka masy upadłości Hydrobudowa Gdańsk S.A. w upadłości likwidacyjnej, dotyczyły – w ocenie Odwołującego - rzekomo prawidłowego wykonania kolektora sanitarnego WM-1 z rur precyzyjnych żelbetonowych metodą bezwykopową (mikrotuneling) w ramach inwestycji pn. *„Zadanie 103 pn. Budowa kolektora sanitarnego WM-1 Nowa Wałowa od Wężła Kliniczna do PŚ Ołowianka realizowane w ramach Gdańskiego projektu Wodno - Ściekowego - etap II”*, które to konsorcjum w składzie: Lider - M. Sp. z o.o. oraz Partner - WIERTMAR Sp. z o.o. realizowało jako podwykonawca Hydrobudowy Gdańsk S.A. Według treści referencji zadanie miało zostać prawidłowo zrealizowane w okresie od 15.11.2012 r. do dnia 27.11.2014 r.

Odwołujący informuje, że Zamawiający w dniu 12.02.2018 r. unieważnił dokonaną w dniu 7.02.2018 r. czynność wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty MCC. Wskazuje, iż nastąpiło to w wyniku złożenia w dniu 9.02.2018 r. pisma przez Odwołującego, w którym wskazał, że dokumenty złożone przez konsorcjum MCC nie potwierdzały wykazywania

spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej określonej w pkt 3.2.1 SIWZ. W piśmie tym poinformował Zamawiającego, że konsorcjum podlegało wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, zaś jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosi, że w piśmie tym wskazał, iż Gdańska Infrastruktura Wodno-Kanalizacyjna Sp. z o.o. (zwana dalej: „GIWK”), która pełniła rolę inwestora przy realizacji przedsięwzięcia pn. *„Zadanie 103 pn. Budowa kolektora sanitarnego WM-1 Nowa Wałowa od Węzła Kliniczna do PŚ Ołowianka realizowane w ramach Gdańskiego projektu Wodno - Ściekowego – etap II”*, nigdy nie dokonała odbioru wykonanych w ramach wskazanego przedsięwzięcia robót od Hydrobudowy Polska S.A. i stwierdziła występowanie w zakresie robót realizowanych przez konsorcjum w składzie: Lider - M. Sp. z o.o. oraz Partner - WIERTMAR Sp. z o.o. istotnych wad. Odwołujący wskazał, że zgodnie z pismem GIWK po dokonaniu inspekcji kolektora stwierdzono liczne nieszczelności na połączeniach, a część kanału wykonanego metodą bezwykopową (mikrotunelingiem) uległa zaniżeniu. Ponadto w trakcie realizacji prac doszło do poważnej awarii, wskutek której znaczny odcinek kolektora uległ zapadnięciu i rozszczelnieniu. W związku z nieusunięciem wskazanych wad przez Hydrobudowę Gdańsk S.A., GIWK została zmuszona do powierzenia ich usunięcia podmiotowi trzeciemu. W dniu 13.02.2015 roku GIWK odstąpiła od umowy z Hydrobudową Gdańsk S.A.

W ocenie Odwołującego z powyższych okoliczności wynika, że wbrew twierdzeniu wykonawcy MCC, przedłożone referencje nie potwierdzają spełniania przez niego wymogów SIWZ w zakresie w zakresie zdolności technicznej.

Dalej Odwołujący wskazuje, że w nawiązaniu do jego pisma Zamawiający pismem z dnia 13.02.2018 r. wezwał konsorcjum MCC do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych referencji. Konsorcjum wyjaśnienia złożyło w dniu 20.02.2018 r., przedkładając nw. załączniki:

- kopię referencji z dnia 26.04.2016 r.,
- kopie protokołów wykonania odbioru robót / elementów robót wraz z dokumentami księgowymi (faktury VAT, noty księgowe),
- kopię protokołu odbioru końcowego z dnia 27.11.2014 r.,
- rozrachunki księgowe pomiędzy M. Sp. z o.o. a Hydrobudowa Gdańsk S.A.,
- kopię postanowienia Sądu Rejonowego Gdańsk - Północ w Gdańsku, XIII Wydział Cywilny, Sekcja ds. egzekucji z dnia 13.01.2015 roku, sygn. akt XIII 1 Co 34/4 wraz z kopią dokumentacji w sprawie egzekucji komorniczej sygn. akt 95/15.

Odwołujący wskazuje, że Przystępujący MCC zastrzegł, że ww. załączniki stanowią tajemnicę handlową przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia

1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w związku z czym nie mogą być one ujawnione oraz nie mogą być udostępnione podmiotom trzecim.

W dniu 23.02.2018 roku Zamawiający zawiadomił o ponownym wyborze oferty złożonej przez MCC jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podnosi, że przedłożone przez Przystępującego MCC referencje nie stanowią dostatecznego dowodu potwierdzającego należyte wykonanie robót budowlanych, zgodnie z wymogiem wynikającym z treści ppkt a) pkt 4.2. SIWZ.

Odwołujący wskazuje, że GIWK, będąca inwestorem przy realizacji zadania referencyjnego, nigdy nie odebrała wykonanych w ramach rzeczzonego przedsięwzięcia robót od Hydrobudowy Gdańsk S.A., wobec ich istotnych wad. Podnosi, że w piśmie z dnia 27.02.2018 roku GIWK wyjaśniła, że w ramach przedmiotowego zadania w grudniu 2013 roku na odcinku K5-K7 w ulicy Wałowej na skutek awarii zapadł się nowo wykonywany kolektor sanitarny DN 1600. Zapadnięcie nastąpiło na długości ok. 25 mb. Wykonany kolektor zapadł się na głębokość dochodzącą do 0,8 m od projektowanej rzędnej. W celu usunięcia usterki wadliwie wykonany kanał został odbudowany przez wykonawcę w wykopie otwartym. Zgodnie z pismem GIWK, z uwagi na brak możliwości dokładnego oszacowania długości odcinka zapadniętego (kolektor całkowicie zamulony), projekt zamienny przewidywał wymianę odcinka na dł. 24 m, w związku z powyższym nie wymieniono całego zapadniętego odcinka, wynikiem czego jest zaniżenie kolektora ok. 270 mm w nowej komorze K5. Prace naprawcze trwały do września 2014 roku. Odwołujący podnosi, że z przedstawionych przez GIWK dokumentów wynika, że stwierdzono następujące wady robót wykonanych w ramach ww. przedsięwzięcia:

- K5-K7 - zapadnięcie na długości 25 m na gł. do 0,8 m oraz mikropęknięcia rury,
- K1-K3 - punktowe przecieki, spękania na połączeniach,
- w rejonie Komory K3 zaniżenie na odc. 18 m do wys. 53 mm.

Wskazuje, że po dokonaniu prób szczelności wykonanego kolektora i stwierdzeniu istnienia wad, których to Hydrobudowa Gdańsk S.A. nie usunęła, GIWK została zmuszona do powierzenia podmiotowi trzeciemu wykonania uszczelnienia kolektora sanitarnego WM-1 na odcinku do komory połączeniowej zlokalizowanej na terenie Przepompowni Ołowianka do komory K11 zlokalizowanej przy ulicy Jana z Kolna w Gdańsku. W dniu 13.02.2015 roku GIWK odstąpiła od umowy z Hydrobudową Gdańsk S.A.

Odwołujący z powyższego wywodzi, że wykonawca MCC nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu wynikający z treści pkt 3.2.1 ppkt a) SIWZ. Na potwierdzenie spełniania wskazanego warunku udziału w postępowaniu wykonawca zgodnie z SIWZ powinien przedstawić wykaz robót budowlanych i załączyć dowody określające, czy te roboty budowlane zostały wykonane należyście, w szczególności informację o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone.

W ocenie Odwołującego z materiałów uzyskanych od GIWK wynika, że roboty wykonywane przez członka konsorcjum MCC – wykonawcę M. Sp. z o.o. na zlecenie Hydrobudowy Gdańsk S.A. nie zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. Odwołujący podnosi, że nie można uznać za dowód prawidłowego wykonania robót budowlanych w ramach ww. realizowanego na rzecz GIWK przedłożonych referencji, ani protokołów częściowych odbioru, ani nawet protokołu odbioru końcowego. Wskazuje, że zgodnie ze stanowiskiem GIWK, wady robót ujawniły się już po ich odbiorze. Podnosi, że mimo istnienia uzasadnionych wątpliwości co do dokumentacji złożonej przez MCC, Zamawiający nie zwrócił się do GIWK o złożenie wyjaśnień ani udzielenie dodatkowych informacji.

W odniesieniu do bezprawnego - w ocenie Odwołującego - zastrzeżenia złożonych przez MCC dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa i odmowy udostępnienia tych dokumentów przez Zamawiającego, Odwołujący podnosi, że wykonawca MCC nie wykazał ani tego, że przedmiotowe dokumenty zawierają informacje poufne, ani że mają one wartość gospodarczą oraz że ich ujawnienie naraziłoby MCC na szkodę. Konsorcjum MCC nie wskazało również, aby podjęło jakiegokolwiek działania w celu zachowania poufności wskazanych dokumentów. Podnosi również, że nie sposób uznać, aby protokoły odbioru robót czy też postanowienie Sądu Rejonowego Gdańsk - Północ w Gdańsku mogły zawierać informacje będące tajemnicą handlową przedsiębiorstwa.

Odwołujący wywodzi, że takie działanie wykonawcy MCC oraz Zamawiającego bezpodstawnie pozbawiło go możliwości weryfikacji wyjaśnień MCC, co ma istotne znaczenie w sytuacji, gdy istnieją uzasadnione wątpliwości co do spełniania przez Wykonawcę wymogów określonych w treści SIWZ.

Zamawiający w dniu 9.03.2018 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o odrzucenie odwołania jako wniesionego po terminie, argumentując, iż termin na złożenie odwołania winien być liczony od dnia 7.02.2018 r., tj. pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający wskazał również, iż odwołanie jest bezzasadne, bowiem wykonawca MCC w sposób wystarczający wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak jest podstaw dla twierdzenia, że roboty referencyjne nie zostały wykonane należycie. Podniósł również, iż żądanie wykluczenia wykonawcy MCC jest przedwczesnym, bowiem uprzednio Zamawiający winien wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpienie zgłosiło dwóch wykonawców - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia konsorcjum: IDS-BUD S.A. ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa, ABIKORP Przedsiębiorstwo Robót

Inżynierskich Sp. z o.o. ul. Drumli 16, 02-877 Warszawa, zgłaszający przystąpienie po stronie Odwołującego oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia konsorcjum: MCC S.A., ul. Kaliska 11, 87-860 Chodecz, M. Sp. z o.o., ul. Płocka 164, 87-800 Włocławek, zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego.

Przystępujący wykonawca konsorcjum MCC w toku posiedzenia przed Krajową Izbą Odwoławczą złożył pismo, w którym poparł stanowisko Zamawiającego.

***Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem i odpowiedzią na odwołanie oraz pismami zgłaszających przystąpienie oraz dowodami złożonymi na rozprawie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła, co następuje.***

Na wstępie Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. W ocenie Izby, wbrew twierdzeniom Zamawiającego oraz Przystępującego MCC, odwołanie wniesione zostało w terminie. Zaskarżona czynność wyboru oferty najkorzystniejszej dokonana została w dniu 23.02.2018 r., wobec czego termin na wniesienie odwołania upływał w dniu 28.02.2018 r. Bez znaczenia dla oceny upływu rzeczono terminu pozostawała okoliczność, iż pierwotny wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił w dniu 7.02.2018 r., albowiem czynność ta została unieważniona w dniu 12.02.2018 r. – zatem przed upływem terminu na wniesienie odwołania od tej czynności. Odwołujący zatem nie mógł skutecznie zaskarżyć owej czynności w ustawowo przewidzianym terminie. Mając na uwadze powyższe Izba postanowiła jak w toku posiedzenia z udziałem stron w dniu 12.03.2018 r.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:



Zgodnie z pkt 3.2.1a SIWZ przedmiotowego zamówienia o udzielenie zamówienia mógł ubiegać się wykonawca, który posiada doświadczenie zawodowe, wyrażające się wykonaniem w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie sieci kanalizacyjnej metodą mikrotunelingu o średnicy zewnętrznej min. 1280mm pojedynczego odcinka o długości min. 200m z użyciem co najmniej jednej stacji pośredniej.

Przystępujący MCC w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, wraz z pismem z dnia 5.02.2018 r. złożył dla poświadczenia spełnienia ww. warunku wykaz robót, w którym jako wykonaną robotę wskazał „Zadanie 103 pn. Budowa kolektora sanitarnego WM-1 Nowa Wałowa od Węzła Kliniczna do PŚ Ołowianka realizowane w ramach Gdańskiego projektu Wodno - Ściekowego - etap II” wykonane na rzecz Hydrobudowy Gdańsk S.A. Dla wykazania spełnienia wymogów ww. warunku powołał wykonanie odc. K3-K5 i odc. K7a – K5, mających 1600 mm średnicy, odpowiednio 347,24 mb i 332,00 mb długości oraz po dwie stacje pośrednie.

Dla poświadczenia należytego wykonania ww. robót wraz z wykazem robót wykonawca MCC przedłożył referencje z dnia 26.04.2016 r. podpisane przez syndyka Hydrobudowy Gdańsk S.A. w upadłości likwidacyjnej. W treści referencji wskazano, że zadanie zostało wykonane zgodnie z umową, projektem, zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Na skutek pisma wniesionego do Zamawiającego w dniu 9.02.2018 r. przez Odwołującego, Zamawiający unieważnił dokonany w dniu 7.02.2018 r. wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty Przystępującego MCC i skierował do tego wykonawcy pismo z dnia 13.02.2018 r., w którym zwrócił się, na podstawie art. 26 ust. 4 z następującymi pytaniami:

1. *Które odcinki wymienione w załączonej referencji wykonywała firma M. Sp. z o.o.?*
2. *Czy został podpisany protokół odbioru lub inny dokument równoważny pomiędzy inwestorem przedsięwzięcia Gdańską Infrastrukturą Wodociągowo – Kanalizacyjną a Hydrobudową Gdańsk S.A. potwierdzającą należyte wykonanie wykazanych odcinków?*
3. *Czy został podpisany protokół odbioru lub inny dokument równoważny pomiędzy Hydrobudową a M. Sp. z o.o. potwierdzający należyte wykonanie wykazanych odcinków?*
4. *Czy Podwykonawca firma M. Sp. z o.o. otrzymała pełne wynagrodzenie za wykonane prace?*
5. *Czy zostały naliczone kary umowne?*

Przystępujący MCC udzielił odpowiedzi pismem z dnia 20.02.2018 r. Wskazał, że wszystkie z wykazanych w referencjach odcinków wykonała firma M. Sp. z o.o. Ponadto uzupełnił, że zakres prac podwykonawcy M. Sp. z o.o. w ramach inwestycji referencyjnej dotyczył wydzielonego zakresu robót, który obejmował wyłącznie mikrotuneling z rur powierzonych przez Hydrobudowę Gdańsk S.A. Podał, iż roboty podwykonawcy M. Sp. z o.o. zostały wykonane zgodnie z projektem, zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. W odpowiedzi na pytanie ad. 2, podniósł, że M. Sp. z o.o. działał przy rzeczonyj inwestycji jako podwykonawca, w związku z czym nie posiada wiedzy w tym zakresie, bowiem nie był stroną umowy i obowiązków stron w zakresie czynności odbiorowych pomiędzy inwestorem przedsięwzięcia – GIWK a Hydrobudową Gdańsk S.A. Roboty wykonane w ramach umowy podwykonawczej zostały zakończone, odebrane bez uwag i rozliczone. Podkreśla, że przedmiotem umowy podwykonawstwa było wykonanie przewiertu z rur powierzonych przez Hydrobudowę Gdańsk S.A. pomiędzy komorami technologicznymi realizowanymi przez Hydrobudowę Gdańsk S.A., wobec czego nie mógł odpowiadać za nieszczelność materiału – rur dostarczonych przez Generalnego Wykonawcę lub nieszczelności na połączeniu rurociągu ze studniami rewizyjnymi, który to zakres robót należał do Generalnego Wykonawcy. Podaje, że próby i sprawdzenia w zakresie robót M. Sp. z o.o. zostały zatwierdzone przez Generalnego Wykonawcę, na ich podstawie dokonano odbiorów poszczególnych elementów robót i odcinków zrealizowanego mikrotunelingu oraz na tej podstawie sporządzono protokół odbioru końcowego pomiędzy podwykonawcą a Generalnym Wykonawcą. W odpowiedzi na pytanie ad. 3 wskazuje, że pomiędzy M. Sp. z o.o. a Hydrobudową Gdańsk S.A., sporządzono częściowe protokoły odbioru robót/elementów robót, jak i protokół odbioru końcowego. Odbiory i fakturowanie odbywały się w cyklu miesięcznym i uzależnione były od postępu zaawansowania prac związanych z mikrotunelinguem. Wskazał na sporządzenie częściowych protokołów w zakresie odcinków K3-K1, K3-K5, PM1-Kpoł, K7a-K5, K7a-K7, PM1-K1, K13-K12, K13-K14. W odpowiedzi na pytanie ad. 4 wskazał, że otrzymał za zrealizowane roboty pełne wynagrodzenie. W odpowiedzi na pytanie ad. 5 wskazał, że firmie M. Sp. z o.o. w ramach realizacji przedmiotowej inwestycji nie naliczono jakiegokolwiek kar umownych. Ponadto wykonawca MCC wskazał, że w ramach ww. inwestycji M. Sp. z o.o. naliczył Generalnemu Wykonawcy kary wynikające ze zwłoki w zakresie terminowego przekazania placu budowy i frontu robót tytułem przestoju w robotach M. Sp. z o.o. Ww. opóźnienia spowodowały konieczność prowadzenia robót na wielu frontach jednocześnie, wobec czego Generalny Wykonawca zwrócił się do M. Sp. z o.o. o wyłączenie z zakresu podwykonawstwa odcinków K8-K7, K8-K9, K11-K9, na co podwykonawca wyraził zgodę. Jako załączniki do ww. wyjaśnień, wykonawca MCC złożył kopię referencji, kopię protokołów wykonania odbioru robót/elementów robót wraz z dokumentami księgowymi (faktury VAT,

noty księgowe), kopię protokołu końcowego z dnia 27.11.2014 r., rozrachunki pomiędzy M. Sp. z o.o. a Hydrobudowa Gdańska S.A. oraz kopię postanowienia SR Gdańsk – Północ z dnia 13.01.2015 r., sygn. akt XIII 1 Co 34/15 wraz z kopią dokumentacji w sprawie egzekucji komorniczej, sygn. akt 95/15. Jednocześnie wykonawca MCC zastrzegł ww. załączniki jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca powołał się na wyrok SN z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00 oraz wskazał, że jego wolą jest by informacje zawarte w rzeczonych załącznikach pozostały tajemnicą dla konkurentów w postępowaniu przetargowym, a także wskazał, że dokumenty stanowiące załączniki nie stanowią informacji publicznej.

Izba zważyła, co następuje:

Przystępując do oceny zasadności zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp polegającego na uznaniu oferty złożonej przez wykonawcę MCC za ofertę najkorzystniejszą, koniecznym jest zbadanie, czy w rzeczywistości – zgodnie z twierdzeniami Odwołującego - Przystępujący MCC nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej określonego w pkt 3.2.1a SIWZ. Dla potwierdzenia spełnienia rzeczzonego warunku, Przystępujący MCC złożył referencje wystawione w dniu 26.04.2016 r. przez syndyka Hydrobudowy Gdańsk S.A. w upadłości likwidacyjnej – generalnego wykonawcy roboty referencyjnej. Treść owego dokumentu w pełni potwierdzała należyte wykonanie roboty referencyjnej, co za tym idzie – spełnienie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. W świetle orzecznictwa Izby nie budzi wątpliwości, iż wystawcą referencji nie musi być inwestor – Zamawiający, w szczególności gdy są one wystawiane dla podwykonawcy robót. Co więcej, również GIWK Sp. z o.o. (inwestor robót referencyjnych) wskazywała, że nie jest uprawniona do wystawienia referencji na rzecz podwykonawcy – zatem brak jest podstaw dla twierdzenia, że referencje wystawione przez Hydrobudowa Gdańsk S.A. nie stanowiły dokumentu wystarczającego dla potwierdzenia należytego wykonania robót powołanych dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego MCC. Zamawiający uznał, że zarówno zakres wykonanych robót jak i sposób ich wykonania odpowiadał postawionemu w SIWZ warunkowi. W tej sytuacji, po stronie Odwołującego leżał ciężar udowodnienia okoliczności faktycznej, z której wywodził on skutki prawne – tj., że w rzeczywistości partner Konsorcjum MCC – M. Sp. z o.o. nie wykonała robót referencyjnych w sposób prawidłowy.

W ocenie Izby Odwołujący nie uniósł ciężaru dowodowego w tym zakresie. Powołane przez Odwołującego dowody, w tym zeznania świadka M. T. nie pozwalają na stwierdzenie,

że M. Sp. z o.o. nie wykonała w należyty sposób robót referencyjnych. W odniesieniu do zeznań ww. świadka, Izba uznała, że nie wynika z nich, ażeby wina w nienależyтым wykonaniu całości projektu, którego elementem były roboty referencyjne, leżała po stronie M. Sp. z o.o., a w szczególności, iż roboty wykonywane przez tego wykonawcę nie były prawidłowo ukończone. Świadek co prawda jednoznacznie wskazywał na winę rzeczonyj spółki, jednakże zeznał również, że firmie M. generalny wykonawca nie naliczył żadnych kar umownych z tytułu opóźnienia bądź braku usunięcia usterek, jak również, że dostawcą rur, na których były nieszczelności, była Hydrobudowa Gdańsk S.A, jak również, że za budowę komór oraz połączenia rurociągów w komorach technicznych również odpowiadał generalny wykonawca. Wobec braku odmiennego dowodu, nie możliwym – mając na uwadze ww. okoliczności, jest stwierdzenie, że winę za ewentualne nienależyte ukończenie całości rzeczonyj zadania inwestycyjnego (również nieudowodnione) ponosi spółka M. Ponadto Izba w ograniczonym zakresie przyznała walor wiarygodności zeznaniom świadka, ze względu na brak ich wewnętrznej spójności – świadek twierdził, że każdego dnia był na placu budowy oraz przeprowadzał inspekcje, w ich ramach próby kolektora, a jednocześnie nie był w stanie wskazać czy brał udział w jakiegokolwiek próbie szczelności. Świadek twierdził także, że pomimo pełnienia funkcji kierownika budowy nie podpisywał żadnych protokołów, a jedynie dokumenty obmiarowe itp., natomiast jego podpis widnieje pod końcowym protokołem odbioru.

Dokonując oceny wykazania przez Przystępującego MCC spełnienia przedmiotowyj warunku udziału w postępowaniu Izba przeprowadziła również analizę dokumentów, do których nie miał dostępu Odwołujący, ze względu na ich zastrzeżenie jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Izby dokumenty te pozwalają na stwierdzenie, że brak jest podstaw dla przyjęcia nienależytego wykonania robót referencyjnych przez Przystępującego MCC. Wynika z nich, iż spółka M. otrzymała całość zapłaty za wykonane roboty oraz że roboty te zostały przez generalnyj wykonawcę odebrane. Zważyć należy również, że Zamawiający – wobec zastrzeżeń Odwołującyj – podjął, celem ustalenia rzeczywistego spełnienia warunku przez MCC, działania wykraczające poza standardowy zakres badania oferty i oceny zdolności technicznyj wykonawcy. Zamawiający wezwał Przystępującego MCC do szczegółowyj wyjaśnień w rzeczonym zakresie, jak również zwrócił się do inwestora projektu w ramach którego wykonane były roboty referencyjne – GIWK Sp. z o.o. We wnioskach stworzonyj przez pracownika Zamawiającyj notatki służbowej po spotkaniu z przedstawicielami GIWK Sp. z o.o. zawarto stwierdzenie, że *„brak możliwości jednoznacznego ustalenia przyczyn awarii, a w związku z tym nie jest możliwe wprost obciążenie odpowiedzialnością za jej wystąpienie firmy M.”*

Nie można jednakże pominąć okoliczności, że - podobnie jak wynika z kolejnyj z wniosków zawartyj w ww. notatce – *„na kolektorze WM1 Nowa Wałowa stwierdzono*

*usterki wykonawcze o naturze mechanicznej, technologicznej i materiałowej*”, okoliczności sprawy wskazują na to, że roboty wykonane przez firmę M. nie były całkowicie wolne od wad i usterek. Jak wynika z dokumentu uzyskanego przez Zamawiającego od GIWK – „Operat powykonawczy. Inwentaryzacja usterek i wad wykonawczych kolektora WM-1 na odcinku komora K3 – komora K11 (stan na dzień 9 marca 2015 r.)” wykonana inwentaryzacja uszkodzeń kolektora wykazała występowanie licznych usterek wykonawczych o naturze mechanicznej i technologicznej. Podobnie usterki zostały wykazane w dokumentach stanowiących załączniki do odwołania - „Inwentaryzacja usterek powstałych w trakcie realizacji robót związanych z budową kolektora WM-1 na odcinku K1-K6” – opracowanej przez kierownika budowy oraz „Opis stanu technicznego kolektora DN1600 na odcinku K3-K11”, opracowanej przez inspektora nadzoru. Powyższe okoliczności w ocenie Izby nie przesądzają jednak o możliwości zakwalifikowania robót referencyjnych jako prawidłowo wykonanych. Istnienie usterek, a nawet wad, nie przesądza o ogólnej i ostatecznej ocenie wykonanych robót. W niniejszej sprawie generalny wykonawca robót referencyjnych – Hydrobudowa Gdańsk S.A. dokonał ich odbioru końcowego, co znajduje potwierdzenie w dokumencie przedłożonym wraz z wyjaśnieniami wykonawcy MCC z dnia 20.02.2018 r. – protokole odbioru końcowego/technicznego z dnia 27.11.2014 r. Jak zaś wskazuje Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 marca 2013 r., sygn. akt II CSK 476/12 *„W sytuacji gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych wykonanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru (art. 647 KC). W protokole z tej czynności stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia*

*i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania”.* Wywieść z tego należy, iż skoro generalny wykonawca dokonał odbioru robót od firmy M., to uznał, że zostały one wykonane zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej oraz nie były obciążone istotnymi wadami. Jak wskazuje Sąd Najwyższy, istnienie wad, które nie powodują, że przedmiot robót nie nadaje się do użytkowania, nie przesądza o możliwości uznania, że roboty wykonane zostały zgodnie z projektem i wiedzą techniczną. W niniejszej sprawie ww. domniemania należytego wykonania robót, jakie ustanawia podpisany przez generalnego wykonawcę protokół końcowy odbioru robót nie obalają ww. inwentaryzacje usterek oraz operat powykonawczy, wskazujące na usterki w wykonanych pracach. Co

prawda ww. dokumenty te pochodzą z dat późniejszych niż protokół odbioru końcowego, co może świadczyć o ujawnieniu się wad po sporządzeniu protokołu, jednakże należy zważyć, że Odwołujący dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu posłużył się referencjami z daty o wiele późniejszej niż ww. dokumenty. Świadczy to o tym, iż pomimo ujawnionych wad generalny wykonawca w dalszym ciągu uważał roboty za należyte wykonane i prawidłowo ukończone. Koresponduje to również z treścią „Opisu stanu technicznego kolektora DN1600 na odcinku K3-K11”, opracowanego przez inspektora nadzoru, który w odniesieniu do odcinka K3-K4 wskazuje, że *„poza ww. usterkami stan kolektora oceniam jako dobry, niebudzący zastrzeżeń”*, do odcinka K4-K5: *„należy ponownie dokonać doszczelnienia miejsca w kolektorze i komorze, w których następuje infiltracja. Zdemontować klamrę spinającą i wypełnić zgodnie z zatwierdzoną metodologią otwory po kołkach montażowych. Zaniżenie kolektora o 269 mm (...) zgodnie z opinią projektanta nie będzie miało negatywnego wpływu na hydraulikę kolektora DN 1600”*, do odcinka K6-K7a: *„w celu oceny charakteru mikrospektań niezbędna jest opinia z branży konstrukcyjnej oraz opinia producenta rur”*, do odcinka K7-K7a: *„należy poprawnie wykonać uszczelnienie otworu montażowego”*. W podsumowaniu autor inwentaryzacji wskazał, że *„wykonawca powinien usunąć drobne nieszczelności w kolektorze jak i w komorach wymienione w tym dokumencie (...). Poza wyżej wymienionymi usterkami stan kolektora oceniam jako dobry, nie budzący zastrzeżeń”*. Inspektor nadzoru stwierdził jedynie istnienie usterek, nie rzutujących na ocenę całości robót. Również ww. operat powykonawczy nie zawiera stwierdzeń o istnieniu poważnych wad, uniemożliwiających użytkowanie przedmiotu robót. Ponadto, z okoliczności sprawy wynika, że podnoszona w odwołaniu okoliczność wypowiedzenia przez GIWK umowy o realizację zamówienia referencyjnego, związana była głównie z upadłością spółki Hydrobudowa Gdańsk S.A. oraz z opóźnieniami, za które odpowiedzialność ponosił generalny wykonawca.

Podkreślić należy, że przedłożenie przez wykonawcę wystawionych przez uprawniony podmiot referencji, potwierdzających należyte wykonanie robót w wymaganym zakresie, co do zasady stanowi udowodnienie wykazania spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. W przypadku gdy Zamawiający lub inny wykonawca stoi na stanowisku, że takie referencje nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, podmiot ten obowiązany jest okoliczność taką w sposób jednoznaczny wykazać i powołać dowody pozwalające na stwierdzenie okoliczności przeciwnej do wynikającej z referencji. Jak wskazano powyżej, zarówno działania Zamawiającego, wszczęte na skutek pisma Odwołującego, jak również postępowanie przed Izłą nie doprowadziło do obalenia domniemania prawdziwości oświadczenia zawartego w referencjach. Nie stwierdzono okoliczności pozwalających na uznanie, że referencje przedłożone przez Przystępującego MCC są niewiarygodne. Dodać należy, że

bezpodstawnym jest postawiony przez Odwołującego zarzut, jakoby syndyk, działający jako podmiot reprezentujący Hydrobudowa Gdańsk S.A. w upadłości likwidacyjnej, wystawił referencje nie posiadając odpowiedniej wiedzy. Odwołujący tym samym sugeruje, że syndyk – a zatem wyznaczony przez sąd powszechny profesjonalista, wystawił referencje dla M. Sp. z o.o., ryzykując nawet odpowiedzialność karną za wystawienie dokumentu poświadczającego nieprawdę. Wobec braku dowodów mogących poprzeć rzeczzone twierdzenie Odwołującego, należy uznać je za bezzasadne i nieudowodnione.

Reasumując, w ocenie Izby Zamawiający zasadnie uznał, że Przystępujący MCC wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej określonego w pkt 3.2.1a SIWZ, wobec czego zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia w niniejszej sprawie.

W zakresie zarzutu naruszenia przepisów ustawy poprzez bezprawne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa załączników do wyjaśnień Przystępującego MCC z dnia 20.02.2018 r. oraz zaniechania udostępnienia tych załączników Odwołującemu, Izba stwierdziła, że zarzut ten zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie zaznaczyć należy, iż Izba postanowiła o rozpatrzeniu rzeczzonego zarzutu, wbrew wnioskowi Zamawiającego i Przystępującego, wskazującym, iż zarzut ten nie został powołany w uzasadnieniu, albowiem został on jasno wyrażony w uzasadnieniu faktycznym odwołania. Zgodnie z ustaloną linią orzecniczą Izby, zakres zarzutów odwołania, o którym mowa w art. 192 ust. 7 ustawy Pzp określa uzasadnienie faktyczne odwołania i podniesione w nim okoliczności faktyczne – które są istotą zarzutu. Podstawa prawna może zostać natomiast wywiedziona z odpowiedniego uzasadnienia zarzutu (por. np. wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2017 r., KIO 1102/17, z dnia 4 maja 2016 r., KIO 592/16, z dnia 4 kwietnia 2016 r., KIO 337/16). W niniejszej sprawie, jakkolwiek Odwołujący nie wskazał wprost podstawy prawnej rzeczzonego zarzutu, jednoznacznie określił jego podstawę faktyczną oraz wskazał na czynności Zamawiającego, które określał jako bezprawne a także wprost podniósł brak wykazania przez konsorcjum MCC, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nadto dodać należy, że Odwołujący był uprawniony do rozszerzenia wniosków zawartych w odwołaniu, bowiem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp dotyczy jedynie zarzutów odwołania, a *contrario* należy uznać, że Izba nie jest związana wnioskami zawartymi w odwołaniu.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Art. 8 ust. 3 ustawy Pzp z kolei stanowi, że *„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,*

*iz zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu*”. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w art. 11 ust. 4 definiuje tajemnicę przedsiębiorstwa jako „*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*”. Dla skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa koniecznym jest wykazanie, że łącznie ziszcili się przesłanki określone w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Izby Przystępujący MCC zaniechał wykazania ziszczenia się ww. przesłanek, wobec czego Zamawiający winien był uznać zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa za nieskuteczne i udostępnić Odwołującemu przedmiotowe dokumenty. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, dla wykazania, że zastrzegana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, nie jest wystarczającym blankietowe powołanie się na przepis art. 11 ust. 4 uznk oraz przytoczenie orzecznictwa w tym zakresie. W niniejszej sprawie natomiast zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zawarte w piśmie Przystępującego MCC sprowadzało się do przywołania treści ww. pismu, wyroku Sądu Najwyższego, poglądu doktryny oraz wskazania woli utrzymania statusu zastrzeżonych informacji jako tajemnicy. Przystępujący MCC w żaden sposób nie odniósł nawet przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa określonych w ww. wyroku SN z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt CKN 304/00 – tj. odpowiedniego charakteru informacji, braku ujawnienia do wiadomości publicznej oraz wartości gospodarczej – do zastrzeganych przez siebie informacji. Przystępujący w najmniejszym stopniu zatem nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, ogólnikowe uzasadnienie zastrzeżenia przedkładanych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być uznane za skuteczne (por. np. wyrok z dnia 4.12.2017 r., KIO 2411/17, z dnia 23.03.2017 r., KIO 421/17, z dnia 25.07.2016 r., KIO 1268/16). Należy przy tym zaznaczyć, że to do obowiązków Zamawiającego należy ocena, czy dokonane przez wykonawcę zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest zasadne i zgodne z przepisami ustawy. Zdaniem Izby w niniejszej sprawie, mając na uwadze lakoniczność i blankietowość uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedstawionego przez MCC, Zamawiający błędnie uznał zastrzeżenie tajemnicy za skuteczne, co doprowadziło do naruszenia zasady jawności postępowania, wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Wymaga podkreślenia, że zasada jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem zasadą nadrzędną i wyjątki od niej nie mogą być interpretowane tak, aby prowadziło to do jej ograniczenia. Uprawnienie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być nadużywane i stosowane jedynie do gry konkurencyjnej wykonawców, lecz ma za



zadanie zapewnić im ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa ściśle w granicach jej definicji zawartej w art. 11 ust. 4 uznk.

Izba uznała, że czynność oceny ofert, w toku której Zamawiający poddawał analizie dokumenty zastrzeżone przez MCC, jak również – jako naturalna konsekwencja tej czynności - czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, obarczona była wadą w postaci nieuprawnionego wyłączenia jawności postępowania. Orzekając w tym zakresie Izba stwierdziła, że mając na uwadze zasadniczy charakter zasady jawności postępowania, nie sposób wykluczyć możliwości istotnego wpływu stwierdzonego naruszenia na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Tytułem uzupełnienia Izba wskazuje, iż bez rozpoznania pozostawiła wniosek o nakazanie Zamawiającemu udostępnienia dokumentów uzyskanych od GIWK Sp. z o.o. Wniosek ten nie znajduje oparcia w ww. omówionym zarzucie odwołania, który dotyczył nieuprawnionego uznania za skuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę MCC i niewłaściwego działania Zamawiającego w odniesieniu do zastrzeżonych informacji, nie zaś ogólnie naruszenia przez Zamawiającego zasady jawności poprzez zaniechanie udostępnienia załączników do protokołu postępowania.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Izba dokonała rozdziału kosztów pomiędzy strony postępowania w oparciu o art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, który stanowi, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. W ocenie Izby zwrot „stosownie do jego wyniku” należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Zgodnie z postanowieniem Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 1991 r., II CZ 255/90, stosunkowe rozdzielenie kosztów polega na rozdzieleniu kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości w jakiej zostały poniesione. SN wskazuje, że stosunkowy podział kosztów procesu dotyczy ich całości, co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron. 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. Zgodnie z przyjętą przez Sądy Okręgowe linią orzecniczą, rozstrzygnięcie Izby, w którym część odwołania zostaje oddalona, rodzi obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek (tak np. SO w Gliwicach, postanowienie z 20.07.2016 r., sygn. akt X Ga 280/16, SO w Warszawie wyrok z dnia 22.01.2016 r., sygn. akt XXIII Ga 1992/15, postanowienie SO we Wrocławiu z dnia 3.10.2013 r., sygn. akt X Ga 286/13).

W niniejszej sprawie Izba - co wynika z sentencji orzeczenia - częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie. Izba za zasadny uznała jeden z dwóch zarzutów, odwołanie okazało się zatem zasadne w 50%. Mając to na uwadze, kosztami postępowania w wysokości po 50% obciążono zatem Odwołującego i Zamawiającego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 10 000 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izba w maksymalnie dopuszczalnej wysokości 3.600 zł, a także koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł oraz koszty dojazdu pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 588,00 zł co łącznie dawało kwotę 17 788,00 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 13 600,00 zł (10 000,00 zł tytułem wpisu, 3 600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 8 894,00 zł (17 788,00 zł x 50%). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 4 706,00 zł (13 600,00 – 8 894,00), 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 i 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:** .....