

Sygn. akt: KIO 2784/14

WYROK
z dnia 12 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 stycznia 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **24 grudnia 2014 r.** przez wykonawcę TPF Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **zamawiającego Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad**

przy udziale wykonawców: (i) Getinsa Inżynieria S.L.; (ii) Biuro Usług Inwestycyjnych Ciechański & Haładaj Sp.j.; oraz (iii) Egis Polska Inżynieria Sp. z .o.o., zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad – odtajnienie następujących informacji: (a) w ofercie wykonawcy Biuro Usług Inwestycyjnych C. & H. Sp. j. – informacji w zakresie potencjału kadrowego (osób zdolnych do wykonania zamówienia); (b) w ofercie wykonawcy Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o. – informacji dotyczących zakresu potencjału kadrowego (osób zdolnych do wykonania zamówienia); (c) w ofercie wykonawcy Getinsa Inżynieria S.L. – informacji dotyczących potencjału kadrowego (osób zdolnych do wykonania zamówienia) oraz wykazu usług głównych wraz z referencjami.**

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie;
3. kosztami postępowania obciąża **zamawiającego tj. Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **TPF Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od **zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad** na rzecz Odwołującego **TPF Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) 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

W dniu 24 grudnia 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy TPF Sp. z o.o. (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie przepisów ustawy Pzp polegające na:

- a) wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia określonego w pkt 7.2.2) ppkt 1) a) Instrukcji dla Wykonawców (dalej „**IDW**”);
- b) zaniechaniu odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofertach złożonych przez: (a) Biuro Usług Inwestycyjnych C. & H. Sp. j. - w zakresie potencjału kadrowego (osób zdolnych do wykonania zamówienia); (b) Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o. - w zakresie potencjału kadrowego (osób zdolnych do wykonania zamówienia); (c) Getinsa Inżynieria S.L. - w zakresie potencjału kadrowego (osób zdolnych do wykonania zamówienia) oraz wykazu usług głównych wraz z referencjami.

Odwołujący wskazał, że powyższe czynności Zamawiającego naruszyły przepisy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, art. 96 ust 3 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust Pzp, w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1994 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („**UZNK**”).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienie czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia określonego w pkt 7.2.2) ppkt 1) a) IDW; (ii) ujawnienie informacji zawartych w wykazach osób oraz wykazie wykonanych usług wraz z dokumentami towarzyszącymi w zakresie opisanym powyżej.

W uzasadnieniu swoich zarzutów Odwołujący wskazał, że w dniu 28 października 2014 r. złożył ofertę, w której potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu w tym warunku wiedzy

i doświadczenia wskazując na następujące doświadczenie: (i) Zarządzanie projektem Funduszu Spójności nr 2004/PL/16/C/PT/003 „Budowa Autostrady A1 na odcinku Sośnica - Bełk” w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót; (ii) Zarządzanie projektem Funduszu Spójności „Budowa drogi ekspresowej S8 - Trasa Armii Krajowej od węzła Konotopa do węzła Prymasa Tysiąclecia” w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót; (iii) Zarządzanie kontraktem w zakresie budowy: „Budowa Drogi Ekspresowej S-2 - odcinek Konotopa - Puławska wraz z budową łącznika z MPL Okęcie i ul. Marynarską (S-79) w Warszawie”, Etap 11/1: Droga Ekspresowa S-79 na odcinku od węzła Lotnisko do węzła Marynarska, Etap 11/2: Droga Ekspresowa S-2 na odcinku węzeł Lotnisko - węzeł Puławska, w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót oraz zarządzanie w ramach projektu unijnego.

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 27 listopada 2014 r. Zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień m.in. w zakresie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, zadając Odwołującemu pytanie: czy ww. zadania obejmowały swoim zakresem zarówno projektowanie jak i budowę? W odpowiedzi na wezwanie, pismem z dnia 8 grudnia 2014 r. Odwołujący wyjaśnił, że wskazane wyżej doświadczenie dotyczyło zadań obejmujących swoim zakresem zarówno projektowanie jak i budowę. Następnie dnia 12 grudnia 2014 r., Zamawiający ponownie wezwał wykonawcę do wyjaśnień, czy powyższe zadania polegały na pełnieniu nadzoru nad realizacją zadania polegającego na projektowaniu i przebudowie dróg lub ulic klasy min. GP, ponieważ - w ocenie Zamawiającego - nie wynika to z dokumentów złożonych wraz z ofertą.

W odpowiedzi, pismem z dnia 16 grudnia 2014 r. Odwołujący wyjaśnił, że jego doświadczenie polegało na pełnieniu nadzoru nad realizacją zadania polegającego na projektowaniu i budowie m.in. w zakresie wskazanym w wyjaśnieniach. Pismem z dnia 18 grudnia 2014 r., Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia określonego w w pkt 7.2.2) ppkt 1) a) IDW. W ocenie Zamawiającego przedstawione przez Odwołującego doświadczenie, nie potwierdza spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, gdyż nie polegało ono na nadzorowaniu etapu projektowania dróg lub ulic klasy min. GP.

Odwołujący wskazał, że nie zgadza się z taką oceną Zamawiającego. Podkreślił, iż zgodnie z pkt 7.2.2) ppkt 1) a) IDW, Zamawiający uzna, iż Wykonawca zdolny do należytego wykonania udzielanego zamówienia, to taki który:

1. wykaże się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert; a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej:
 - a. 2 zadań polegających na projektowaniu i budowie lub projektowaniu i przebudowie dróg lub ulic klasy min. GP o wartości robót co najmniej 300 mln PLN brutto każde; (...)

W ocenie Odwołującego złożone przez niego wyjaśnienia wyraźnie wskazują, że nadzorował on zarówno projektowanie jak i budowę drogi. Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w nadzorze nad projektowaniem i budową lub projektowaniem i przebudowa drogi. W opisanym warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający nie wymagał, żeby zadanie było realizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Wystarczające było wykazanie, że w ramach nadzoru, Wykonawca nadzorował również prace projektowe. Sam fakt, że zadanie nie było realizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj” nie oznacza, że zakres czynności Odwołującego nie obejmował czynności związanych z nadzorem nad projektowaniem - co zostało wykazane w piśmie z dnia 16 grudnia 2014 r. Tymczasem ocena Zamawiającego - jak wynika z wezwania do uzupełnienia dokumentów - sprowadza się do ustalenia, że: „Zakres prac projektowych realizowanych w ramach wykazanych zadań, nad którymi nadzór sprawowała Państwa firma, nie może być bowiem uznany za poleganie na projektowaniu i budowie lub projektowaniu i przebudowie dróg lub ulic klasy min. GP.”

W ocenie Odwołującego określając warunek udziału w postępowaniu, Zamawiający nie doprecyzował zakresu projektowania, poza wskazaniem, że chodzi o zadania polegające na projektowaniu i budowie drogi lub ulicy o określonej klasie. Oceniając spełnianie warunku Zamawiający nie uznał wymogu pełnienia nadzoru nad projektowaniem za spełniony, uznając (jak należy wnioskować na podstawie wezwania do uzupełnienia) że zakres projektowania nie był wystarczający. Taka ocena nie znajduje uzasadnienia w treści warunku, z którego nie wynika, jaki powinien być minimalny zakres projektów, nad wykonaniem których nadzór sprawował wykonawca.

W ocenie Odwołującego, w związku z tym, że Odwołujący potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu, załączając do oferty wykaz wykonanych usług, Zamawiający nie miał podstaw, aby kwestionować zadania wskazane w wykazie, gdyż potwierdzają one spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Jeśli intencją Zamawiającego było ustalenie, czy wykonawcy sprawowali nadzór nad 2 zadaniami polegającymi na realizacji projektu w trybie zaprojektuj i wybuduj to warunek taki powinien jasno wynikać z treści ogłoszenia i SIWZ.

W zakresie zarzutu dotyczącego niezasadnego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący wskazał, że aby można było mówić o uprawnionym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, Zamawiający powinien dokonać oceny, czy łącznie zostały spełnione przesłanki art. 11 ust. 4 UZNK. Co istotne, to na Zamawiającym spoczywa obowiązek należytego badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a następnie podjęcia decyzji o odtajnieniu bądź nie oferty wykonawcy. Zamawiający obligatoryjnie w każdym przypadku powinien zbadać, czy faktycznie zaistniały przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa. W tym celu powinien wystąpić do wykonawcy o wykazanie się dowodem spełnienia przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa oraz przedstawienie dowodów w tym zakresie. Obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie oceny charakteru zastrzeżonej informacji. W tym przypadku koniecznym jest ustalenie czy ma ona charakter technologiczny, techniczny lub organizacyjny, czy też inny. W następnej kolejności powinien ustalić, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznane ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca ma wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. W przypadku stwierdzenia, że tajemnicą objęte zostały informacje nie stanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający ma obowiązek odtajnienia treści ofert stosownie do wskazań poczynionych przez Sąd Najwyższy w Uchwale z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05.

Odwołujący wskazał, że w jego ocenie wykaz usług lub dostaw, jak i dokumenty poświadczające ich należyte wykonanie, z natury rzeczy stworzone są do upublicznienia takich informacji na zewnątrz.

Odwołujący wskazał, że nawet gdyby uznać, iż z uwagi na wyjątkowe okoliczności wykonania zamówienia przez wykonawcę można by rozważać możliwość zastrzeżenia Wykazu

wykonanych usług czy Wykazu osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to nie sposób uznać, iż informacje zawarte w Wykazie zastrzeżonym stanowią taką tajemnicę w pełnym zakresie.

W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, zakres informacji podanych przez Wykonawcę nie może być utajniony w części odpowiadającej postanowionym przez Zamawiającego warunkom udziału w Postępowaniu.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) oraz ogłoszenie o zamówieniu nr 2014/S 164-293617 na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu; (ii) postępowania przetargowego z dnia 2 stycznia 2015 r. na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania przetargowego; (iii) ofertę Odwołującego na okoliczność ustalenia jej treści; (iv) ofertę wykonawcy Getinsa Ingenieria S.L., ofertę wykonawcy Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o. oraz ofertę wykonawcy Biuro Usług Inwestycyjnych C. & H. Sp. j. na okoliczność ustalenia informacji zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz podstaw dokonanego zastrzeżenia; (v) wezwanie do złożenia oświadczeń lub dokumentów z dnia 18 grudnia 2014 r. skierowane do Odwołującego na okoliczność ustalenia ich treści; (vi) wyjaśnienia Getinsa Ingenieria S.L. z dnia 7 stycznia 2015 r., wyjaśnienia wykonawcy Biuro Usług Inwestycyjnych C. & H. Sp. j. z dnia 2 grudnia 2014 r., wyjaśnienia wykonawcy Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o. z dnia 5 grudnia 2014 r. na okoliczność ustalenia przesłanek zastrzeżenia przez powyższych wykonawców określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa; (vii) pismo Zamawiającego z dnia 11 grudnia 2014 r. oraz odpowiedź Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad – Oddział w Warszawa z dnia 12 grudnia 2014 r. na okoliczność ustalenia zakresu prac wykonanych przez Odwołującego w ramach zamówienia „Budowa Drogi Ekspresowej S-2 odc. Konotopa – Puławska wraz z budową łącznia z MPL Okęcie i ul. Marynarską (S-79) w Warszawie Etap II/1: Droga Ekspresowa S-2 odc. od węzła Lotnisko do węzła Puławska”; (viii) pismo Zamawiającego z dnia 11 grudnia 2014 r. oraz odpowiedź Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad – Oddział Katowice z dnia 12 grudnia 2014 r. na okoliczność ustalenia zakresu prac wykonanych przez Odwołującego w ramach realizacji zamówienia Budowa Autostrady A-1 na odcinku Sośnica – Bełk; (ix) pismo Zamawiającego z dnia 9 grudnia 2014 r. oraz odpowiedź Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 10 grudnia 2014 r. – oddział w Warszawie na okoliczność ustalenia zakresu

prac jakie Odwołujący wykonał w ramach realizacji zamówienia Budowa drogi ekspresowej S8 - Trasa Armii Krajowej od węzła Konotopa do węzła Prymasa Tysiąclecia.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Pełnienie nadzoru nad kontynuacją projektowania i realizacją robót oraz zarządzenie trzema kontraktami pn.: „Kontynuacja projektu budowy autostrady A-1 Stryków – Węzeł „Tuszyn” na odcinku od KM 295+850 do KM 335+937,65 – Zadanie I od KM 295+850 (od Węzła „Stryków I” bez Węzła) do KM 310+000”; „Kontynuacja projektu i budowy autostrady A – 1 Stryków – Węzeł „Tuszyn” na odcinku od KM 295+850 do KM 335+937,65 – Zadanie II Odcinek od KM 310+000 do KM 320+010”; „Kontynuacja projektu budowy autostrady A – 1 Stryków – Węzeł „Tuszyn” na odcinku od KM 295+850 do KM 335+937,65 – Zadanie III Odcinek od KM 320+010 do KM 335+937,65 (bez odcinka od KM 322+150 do KM 324+950).

Zgodnie z pkt pkt 7.2.2) ppkt 1) a) IDW zamieszczonej w SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wykazaniem się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej 2 zadań polegających na projektowaniu i budowie lub projektowaniu i przebudowie dróg lub ulic klasy min. GP o wartości robót co najmniej 300 mln PLN brutto każde (...).

Izba ustaliła, 28 października 2014 r. Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący na potwierdzenie spełnienia warunku z zakresu wiedzy i doświadczenia wskazanego w pkt 7.2.2.) ppkt 1) a) IDW wskazał na doświadczenie związane z realizacją następujących zamówień: (i) Zarządzanie projektem Funduszu Spójności nr 2004/PL/16/C/PT/003 „Budowa Autostrady A1 na odcinku Sośnica - Bełk” w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót; (ii) Zarządzanie projektem Funduszu Spójności „Budowa drogi ekspresowej S8 - Trasa Armii Krajowej od węzła Konotopa do węzła Prymasa Tysiąclecia” w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót; (iii) Zarządzanie kontraktem w zakresie budowy: „Budowa Drogi Ekspresowej S-2 - odcinek Konotopa - Puławska wraz z budową łącznika z MPL Okęcie i ul. Marynarską (S-79) w Warszawie”, Etap 11/1: Droga Ekspresowa S-79 na odcinku od węzła Lotnisko do węzła Marynarska, Etap 11/2: Droga

Ekspresowa S-2 na odcinku węzeł Lotnisko - węzeł Puławska, w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót oraz zarządzanie w ramach projektu unijnego.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 27 listopada 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień m.in. w zakresie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, zadając Odwołującemu pytanie: czy ww. zadania obejmowały swoim zakresem zarówno projektowanie jak i budowę? W odpowiedzi na wezwanie, pismem z dnia 8 grudnia 2014 r. Odwołujący wyjaśnił, że wskazane wyżej doświadczenie dotyczyło zadań obejmujących swoim zakresem zarówno projektowanie jak i budowę. Dalej Izba ustaliła, że pismem z dnia 12 grudnia 2014 r., Zamawiający ponownie wezwał wykonawcę do wyjaśnień, czy powyższe zadania polegały na pełnieniu nadzoru nad realizacją zadania polegającego na projektowaniu i przebudowie dróg lub ulic klasy min. GP, ponieważ - w ocenie Zamawiającego - nie wynika to z dokumentów złożonych wraz z ofertą.

W odpowiedzi, pismem z dnia 16 grudnia 2014 r. Odwołujący wyjaśnił, że jego doświadczenie polegało na pełnieniu nadzoru nad realizacją zadania polegającego na projektowaniu i budowie. Pismem z dnia 18 grudnia 2014 r., Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia określonego w pkt 7.2.2) ppkt 1) a) IDW. W ocenie Zamawiającego przedstawione przez Odwołującego doświadczenie, nie potwierdza spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, gdyż nie polegało ono na nadzorowaniu etapu projektowania dróg lub ulic klasy min. GP.

Izba ustaliła ponadto, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostały złożone następujące oferty: (i) oferta wykonawcy Biuro Usług Inwestycyjnych C. & H. Sp. j., w której wykonawca ten zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa m.in. informacje dotyczące potencjału kadrowego (osób zdolnych do wykonania zamówienia); (ii) oferta wykonawcy Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o., w której wykonawca również zastrzegł m.in. informacje dotyczące potencjału kadrowego (osób zdolnych do wykonania zamówienia); (iii) oferta wykonawcy Getinsa Inżynieria S.L., w której wykonawca zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje dotyczące potencjału kadrowego (osób zdolnych do wykonania zamówienia) oraz wykazu usług głównych wraz z referencjami.

Izba ustaliła, że na skutek przekazania w dniu 24 grudnia 2014 r. przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania do

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez następujących wykonawców: (i) Getinsa Inżynieria S.L.; (ii) Biuro Usług Inwestycyjnych C. & H. Sp.j.; oraz (iii) Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o.,

Izba ustaliła, że przystąpienie wszystkich trzech powyższych wykonawców wpłynęło do upływie terminu określonego przepisami art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Wobec dokonania zgłoszenia bez zachowaniem 3-dniowego terminu (zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp) – Izba postanowiła nie dopuścić powyższych wykonawców do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 8 stycznia 2015 r. podczas posiedzenia z udziałem stron Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołanie w całości.

Izba zważyła co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp

W ocenie Izby powyższy zarzut nie potwierdził się. Zamawiający wzywając Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia określonego w pkt 7.2.2) ppkt 1) a) IDW dokonał prawidłowej wykładni kwestionowanych przez Odwołującego zapisów SIWZ, a tym samym zasadnie wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie wiedzy i doświadczenia wymaganego w pkt 7.2.2) ppkt 1) a) IDW.

W ocenie Izby punktem wyjścia do rozstrzygnięcia powyższego zarzutu winny być zapisy SIWZ, wedle zapisów których wykonawcy winni byli przygotować swoje oferty oraz przedkładać niezbędną dokumentację potwierdzającą spełnianie warunków udziału w postępowaniu stawianych przez Zamawiającego. W tym aspekcie należy wskazać, że zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia

publicznego wskazują, iż przy interpretowaniu postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „**siwz**”) należy co do zasady stosować literalną wykładnię ich treści, co zapobiega uznaniowości na etapie oceny ofert wykonawców, którzy wyrazili wolę udziału w postępowaniu. Wobec tego przy wykładni znaczenia postanowień siwz należy kierować się zwykłym znaczeniem słów, wyrażzeń i zwrotów, ustalonym z uwzględnieniem reguł znaczeniowych i składniowych języka polskiego. Jeśli interpretacja siwz przy użyciu reguł gramatycznych, znaczeniowych i logicznych pozwala na ustalenie, iż z danego postanowienia siwz można wyprowadzić co najmniej dwa poprawne, zgodne z przepisami rozwiązania, to takie postanowienie siwz musi być wykładane na korzyść wykonawców. W tym zakresie istotną rolę odgrywa również wykładania celowościowa oparta na zasadzie mówiącej, że opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia musi być związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny, a przede wszystkim ma gwarantować złożenie ofert przez wykonawców posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie dla realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący argumentował, że w pkt 7.2.2) ppkt 1) a) IDW Zamawiający nie określił w sposób precyzyjny co należy rozumieć pod pojęciem „nadzór na projektowaniu”. Wskazał również, że z treści spornego warunku udziału w postępowaniu nie wynika, jaki powinien być minimalny zakres projektów, nad wykonaniem których nadzór sprawował wykonawca stąd też należy dopuścić każdy rodzaj i zakres nadzoru na projektowaniu.

Zadaniem Izby było więc rozstrzygnięcie czy Odwołujący zasadnie dokonał interpretacji spornego postanowienia SIWZ, a w konsekwencji rozstrzygnięcie czy Zamawiający miał podstawy do wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia określonego w pkt 7.2.2) ppkt 1) a) IDW.

W ocenie Izby nie sposób zgodzi się z interpretacją spornych zapisów SIWZ zaprezentowaną przez Odwołującego. Zarówno bowiem interpretacja gramatyczna jak i celowościowa spornych zapisów potwierdza stanowisko Zamawiającego, że wymagał od wykonawców wykazaniem się doświadczeniem w realizacji zadań polegających na wykonywaniu nadzoru zarówno na etapie projektowania dróg lub ulic jak i na etapie ich budowy. Oznacza to, iż elementem koniecznych w zrealizowanych zadaniach winno być wykonywanie nadzoru na etapie sporządzenia projektu budowlanego dróg lub ulic.

Izba nie podziela argumentacji przedstawionej przez Odwołującego, że skoro Zamawiający nie określił minimalnego zakresu projektów nad wykonaniem których nadzór sprawował wykonawca, to należy uznać, że dopuścił każdy rodzaj nadzoru. Należy wskazać, że Zamawiający wymagał wykazaniem się doświadczeniem w nadzorze nad realizacją dwóch inwestycji o określonej wartości tj. co najmniej 300 mln PLN brutto. Elementy składowe nadzoru winny obejmować swym zakresem projektowanie i wybudowanie. Oznacza to, w ocenie Izby, iż nadzór nad projektowaniem winien obejmować nadzór nad sporządzaniem projektów budowy dróg lub ulic odpowiadających wartości 300 mln zł. Gdyby przyjąć argumentację Odwołującego za prawidłową, wykonawcy mogliby powoływać się na doświadczenie zdobyte podczas wykonywania nadzoru nad jakimikolwiek czynnościami projektowaniem wykonywanymi w trakcie procesu budowlanego, co nie odpowiadałoby wartości wymaganej przez Zamawiającego. W ocenie Izby, minimalny zakres prac projektowych, jakie winny być nadzorowane w ramach zadań potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu z pkt 7.2.2 ppkt 1) a) IDW został określony przez Zamawiającego kwotowo poprzez wskazanie minimalnej wartości wykonanych robót. W konsekwencji, nadzór wymagany przez Zamawiającego winien obejmować nadzór nad czynnościami projektanta, który sporządził projekt budowlany inwestycji o wartości minimum 300 mln złotych, nie zaś jak chciałby Odwołujący, wyłącznie nadzór na wykonawcą robót budowlanych wykonanych zgodnie z wcześniej sporządzonym projektem budowlanym.

Powyższa interpretacja spornych postanowień SIWZ jest również zgodną z wykładnią celowościową opartą na zasadzie mówiącej, że opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia musi być związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny, a przede wszystkim ma gwarantować złożenie ofert przez wykonawców posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie dla realizacji przedmiotu zamówienia. Wskazać bowiem należy, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczącego pełnienia nadzoru nad kontynuacją projektowania i realizacją robót oraz zarządzaniem trzema kontraktami. W sposób oczywisty oznacza to, że celem postępowania jest wyłonienie wykonawcy posiadającego niezbędne doświadczenie związane z nadzorem nad pracami projektowymi dróg lub ulic o wartości zbliżonej do przedmiotu zamówienia. Powoływanie się więc na doświadczenie związane z wykonywaniem usług nadzoru nad drobnymi czynnościami projektowymi wykonywanymi w trakcie realizacji budowy, nie zaś na doświadczenie związane z

wykonywaniem nadzoru nad projektantem sporządzającym projektem budowlanym nie może gwarantować odpowiedniej wiedzy i doświadczenia niezbędnego do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że usługi wskazane przez Odwołującego w treści oferty złożonej w dniu 28 października 2014 r. nie potwierdzały spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.2.2. 1) a) IDW. W tym zakresie Izba dała wiarę pismom jakie Zamawiający otrzymał od swoich oddziałów (tj. pismo z dnia 12 grudnia Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad – Oddział w Warszawa z dnia 12 grudnia 2014 r., pismo Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad – Oddział Katowice z dnia 12 grudnia 2014 r. oraz pismo Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 10 grudnia 2014 r. – oddział w Warszawie) z których w sposób jednoznaczny wynika, że Odwołujący nie wykonywał czynności nadzorczych na etapie projektowanie dróg lub ulic, gdyż zadania te były wykonywane w systemie „buduj”. W konsekwencji, Zamawiający zasadnie wezwał Odwołującego w dniu 18 grudnia 2014 r. do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.2.2) ppkt 1) a) IDW.

Zarzut niezasadnego zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa

W ocenie Izby powyższy zarzut potwierdził się.

W ocenie Izby brak było podstaw do zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów wskazanych w treści odwołania tj: w ofercie wykonawcy Biuro Usług Inwestycyjnych C. & H. Sp. j. – informacji w zakresie potencjału kadrowego (osób zdolnych do wykonania zamówienia); (b) w ofercie wykonawcy Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o. – informacji dotyczących zakresu potencjału kadrowego (osób zdolnych do wykonania zamówienia); (c) w ofercie wykonawcy Getinsa Inżynieria S.L. – informacji dotyczących potencjału kadrowego (osób zdolnych do wykonania zamówienia) oraz wykazu usług głównych wraz z referencjami.

Wskazać należy w pierwszej kolejności, że postępowanie o zamówienie publiczne jest prowadzone w warunkach transparentności - zgodnie z treścią art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zasada jawności przejawia się w szeregu czynności podejmowanych przez zamawiającego i uczestników postępowania, począwszy od publicznego, jawnego ogłoszenia o zamówieniu, przez jawne otwarcie ofert i udostępnienie

protokołu, ofert, oświadczeń składanych w toku postępowania aż po jawność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Art. 8 ust. 1 ustawy Pzp nadał jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rangę zasady o doniosłym znaczeniu. Jak wskazuje się w doktrynie, jawność postępowania o zamówienie publiczne „z jednej strony jest prawem każdego oferenta gwarantującym dostęp do informacji o toczącym się postępowaniu. Z drugiej strony jest nakazem skierowanym do zamawiających, prowadzących postępowanie, aby na każdym jego etapie zagwarantowali oferentom dostęp do informacji na temat zamówienia publicznego”; a także „Realizacja zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ustawowym priorytetem. Orzecznictwo jednoznacznie wskazuje na konieczność wyjątkowego ograniczenia tej zasady ze względu na wszelkiego rodzaju „tajemnice”. Wyłączenie jawności postępowania możliwe jest tylko przy wykazaniu potrzeby ochrony określonych ustawą wartości.

Odstępstwa od tej podstawowej zasady należy traktować ściśle i ograniczać do sytuacji, kiedy potrzeba ochrony indywidualnego interesu wykonawcy, a niekiedy nawet podmiotów nie uczestniczących w postępowaniu, doznaje prymatu nad umożliwieniem wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu realizacji zasady jawności i prawa do zapoznania się z zawartością ofert. W takim jednak wypadku, spełnione być muszą warunki, jakie przepisy stawiają dla możliwości traktowania określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ustawa Pzp w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa odsyła do UZNK. Zgodnie z art. 11 ust. 4 UZNK, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Aby określona informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, przesłanki określone w tym przepisie (wartość gospodarcza informacji, nieujawnienie jej do wiadomości publicznej, działania zmierzające do zachowania poufności) muszą być spełnione łącznie.

Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach

publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca zastrzegający określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa musi wykazać m.in., że dane informacje posiadają określoną wartość gospodarczą. Wartość ta może wyrażać się w sposób pozytywny – poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo, znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa – może znaleźć uchwytty wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowych jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów.

Istotne jest również, że za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. Te informacje muszą przy tym należeć do wykonawcy.

Podkreślić również należy, że nie jest właściwe traktowanie uprawnienia do zastrzeżenia określonych informacji, jako narzędzia służącego uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym oceny ofert i dokumentów składanych w postępowaniu. Stąd, tego rodzaju sytuacje winny być przez wykonawców nie nadużywane i ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji, zaś z perspektywy zamawiającego – powinny być badane z wyjątkową starannością.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, Izba uznała po pierwsze, że właściwym działaniem Zamawiającego było wezwanie wykonawców: Getinsa Inżynieria S.L., Biuro Usług Inwestycyjnych C. & H. Sp.j.; oraz Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień

uzasadniających zastrzeżenie określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zgodnie bowiem z uchwałą Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. (III CZP 74/05), badanie skuteczności zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy do obowiązków zamawiającego. Jak wskazał Sąd Najwyższy, aby skutecznie zastrzec określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa, zamawiający winien uprzednio pozytywnie przesądzić o tym, że zaistniały okoliczności odpowiadające przypadkom określonym w ustawie. Z tych oczywistych względów wymaga to więc podjęcia przez zamawiającego określonych badań w tym przedmiocie. Obowiązkiem Zamawiającego jest więc zbadanie, czy informacje objęte przez wykonawcę przedmiotowym zakresem zastrzeżenia zakazu ich udostępniania stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dalej Sąd Najwyższy wskazał, że przesądzenie o skuteczności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji, uznanych przez niego za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów wskazanych w art. 96 ust. 4 zd. 1 PZP, zależy od wyniku dokonanej przez zamawiającego weryfikacji prawdziwości stanowiska wykonawcy odnośnie charakteru (statusu) tych informacji.

W ocenie Izby Sąd Najwyższy wskazał, iż zamawiający przychylając się do wniosku danego wykonawcy o zastrzeżeniu określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, winien dokonać weryfikacji prawdziwości stanowiska oferenta odnośnie charakteru (statusu) tych informacji. Weryfikacja prawdziwości stanowiska oferenta nie może odbyć się wyłącznie poprzez bezrefleksyjne zaaprobowanie wyjaśnień danego wykonawcy, ale winna być oparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy. Wskazać również należy, że ewentualne wątpliwości w toku badania prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zamawiający ma możliwość wyjaśnić na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby Zamawiający dokonał błędnej weryfikacji i oceny wyjaśnień przedłożonych przez wykonawców Getinsa Inżynieria S.L., Biuro Usług Inwestycyjnych C. & H. Sp.j. oraz Egis Polska Inżynieria Sp. z .o.o. Dokonując analizy powyższych wyjaśnień Izba nie znalazła podstaw do uznania, że wypełnione zostały przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa określone w art. 11 ust. 4 UZNK.

Potencjał kadrowy (osoby zdolne do wykonania zamówienia) (Formularz 3.2)

W ocenie Izby przedłożone przez wykonawcę Getinsa Inżynieria S.L., Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o. oraz Biuro Usług Inwestycyjnych C. & H. Sp. j. wyjaśnienia w żaden sposób nie potwierdzają, że informacje zawarte w wykazie osób lub też sam wykaz jako dokument przedłożony wraz z ofertą winny być traktowane jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wskazać należy w pierwszej kolejności, że wszyscy trzej wykonawcy podnosili w swych wyjaśnieniach, że w wykazie zawarte są dane o doświadczeniu specjalistów wraz ze wskazaniem inwestycji w trakcie których doświadczenie zostało zdobyte. Należy jednak zaznaczyć, że to jakie doświadczenie posiadają określone osoby fizyczne, w realizacji jakich inwestycji uczestniczyli jest ich własną sprawą, podlegającej ich wyłącznej dyspozycji, pozostającą poza wykonawcą. Dysponentem tej informacji jest zatem posiadacz tego doświadczenia, przy czym sam fakt jego posiadania nie może być uznany za informację nieujawnioną do wiadomości innych osób skoro posiadacz określonego doświadczenia może się na nie powoływać. Trudno też zaakceptować pogląd, że specjaliści wskazani w wykazie nie komunikują swojego doświadczenia i wiedzy na zewnątrz. Naturalnym bowiem jest, że osoby te upowszechniają swoje zawodowe osiągnięcia bądź to w pracy naukowej, publikacjach bądź to w celu uzyskania kolejnych zleceń. Trudno więc uznać, że informacja o doświadczeniu zawodowym danego specjalisty jest informacją poufną, do której dostęp ma ograniczona i określona liczba osób. Dlatego też w ocenie Izby fakt, że w wykazie osób zamieszczone są informacje o nazwie inwestycji w trakcie której zostało nabyte doświadczenie nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, a dysponentem tej informacji jest dany specjalista, nie zaś wykonawca, który sporządził wykaz.

Dalej należy wskazać, że żaden z wykonawców nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Wykonawcy podkreślali w sposób ogólny, że wartością gospodarczą jest wiedza fachowa specjalistów wymienionych w wykazach, oraz że dane zamieszczone w wykazie mają charakter handlowy i organizacyjny, a tym samym posiadają wartość gospodarczą. Nie sposób zgodzić się z przedstawioną argumentacją. Po pierwsze, za błędne należy uznać przyjęcie, iż z samego faktu uznania danej informacji za organizacyjną czy handlową należy przypisać jej wartość gospodarczą. Ustawodawca w art. 11 ust. 4 UZNK wskazał, iż dla uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa należy wykazać, że informacji ta (tj. informacja techniczna, technologiczna, organizacyjna przedsiębiorstwa lub inne informacje) posiada wartość gospodarczą. Samo zakwalifikowanie określonej informacji do kategorii informacji handlowych czy organizacyjnych nie przesądza o jej wartości gospodarczej.

Dalej Izba wskazuje, że wartość gospodarcza danej informacji nie może sprowadzać się do współpracy na użytek jedynie danego postępowania (a dokładniej: złożenia oferty) – w takim bowiem wypadku, z chwilą złożenia ofert wartość ta przestawałaby istnieć. Wartość gospodarcza to wartość informacji w obrocie, pozwalająca skwantyfikować informację i ująć ją w postaci wartości o charakterze finansowym. Wartość ta ma zatem wymiar obiektywny, sięgający poza dane postępowanie. Ponadto, w odniesieniu do wykazu osób mających uczestniczyć w realizacji zamówienia, zasadnym jawi się pytanie, czy wartością gospodarczą miałyby w tym wypadku być zestawienie osób o określonych kwalifikacjach, doświadczeniu (stworzenie zespołu, jako pewnej struktury, która jako całość wyraża pewien walor organizacyjny), czy też może istnienie między danym wykonawcą a poszczególnymi osobami relacji, które skutkują ich wzajemną współpracą. W pierwszym wypadku mielibyśmy jednak, do czynienia na gruncie analizowanej sprawy z zespołem stworzonym ad hoc, dla potrzeb określonego postępowania, spełniających postawione w nim wymagania, przez co trudno rozpatrywać tę sytuację, jako wyrażającą wartość gospodarczą w innym zakresie, aniżeli odnosząca się do konkretnego postępowania, a w istocie stanowiąca koszt przygotowania oferty. W drugim wypadku, jeśli wartością podlegającą ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa miałyby być informacje o tym, że wykonawca współpracuje z daną osobą a wartość tej informacji wyrażać się ma w ewentualnej szkodzie, jaką wykonawca mógłby ponieść w razie zerwania współpracy przez tę osobę (na co wskazywali wszyscy trzej wykonawcy), względnie – w wyniku jej odejścia do konkurencji (wzbogacenie konkurencji o tę osobę i tym samym podniesienie jej konkurencyjnej pozycji na rynku), to należy wskazać, że właściwym narzędziem zabezpieczenia się przez wykonawcę przed utratą danego specjalisty byłoby na przykład zawarcie umów z tymi osobami „na wyłączność”, czy wprowadzenie w ramach porozumień kreujących wzajemne stosunki odpowiednich postanowień dotyczących zakazu konkurencji. W takich wypadku te porozumienia powinny zabezpieczać interesy wykonawców. Powoływanie się zaś na tajemnicę przedsiębiorstwa jako narzędzie do ochrony specjalistów przeznaczonych do realizacji zamówienia w świetle zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba uznaje za działanie nieprawidłowe i niewłaściwe.

Podkreślić również należy, że wszyscy trzej wykonawcy upatrywali wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji nie w fakcie istnienia relacji między nim a osobami wskazanymi w wykazie ani nie w fakcie posiadania stałej struktury organizacyjnej w przedsiębiorstwie złożonej ze specjalistów zamieszczonych w wykazie, ale w tym, że osoby te posiadają określone walory: wiedzę, kwalifikacje i doświadczenie. Te kategorie, jak zostało wyżej wskazane, są natomiast w

gestii wskazanych osób, informacje w tym zakresie nie stanowią wiedzy wykonawcy, którą może niepodzielnie dysponować – nie są to informacje, o których można mówić, że są nieujawnione do wiadomości innych osób i podmiotów, skoro same osoby mogą komunikować o posiadanym doświadczeniu i kwalifikacjach. Należy również dostrzec, że w stosunku do relatywnie dużej liczby ekspertów mamy do czynienia ze stosunkowo nietrwałym węzłem współpracy – w złożonych informacjach w wykazie osób wielokrotnie wskazywano na umowy cywilnoprawne, jako stosunek łączący wykonawcę z danym ekspertem, co pozwala wnioskować, że dopiero w razie wygrania tego postępowania ta współpraca by się zmaterializowała.

Niezasadnym jest również argument o zakazie ujawnienia imion i nazwisk poszczególnych specjalistów, ze względu na ochronę danych osobowych. Podkreślenia wymaga, że to rzeczą wykonawcy, który decyduje się na korzystanie z określonych osób w postępowaniu i uczestniczy w procedurze opartej z założenia o zasadę pełnej transparentności, jaką jest postępowanie o zamówienie publiczne, obowiązany jest ze swej strony, podjąć środki zabezpieczające tę sferę, w szczególności odebrać od osób godzących się na współpracę odpowiednich oświadczeń i zgody na przetwarzanie danych osobowych przez siebie, czy przekazanie ich na zewnątrz, w szczególności w ramach oferty kierowanej w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie i rozpatrywanej w jawnym postępowaniu. Kwestia zabezpieczenia danych osobowych wynika z odpowiednich przepisów i pozostaje bez związku z tym, czy dana informacja wypełnia cechy tajemnicy przedsiębiorstwa. Te kwestie są odrębne i wypełnianie obowiązków w zakresie danych osobowych nie wpływa na to, czy konkretne informacje są tajemnicą przedsiębiorstwa lub nie. Dane osobowe oraz tajemnica przedsiębiorstwa to odmienne kategorie, poddane innym zasadom. Obowiązki w zakresie ochrony danych osobowych ciążyą niezależnie od tego, czy przedmiot informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa czy też nie.

Podkreślenia również wymaga, że wykonawcy zastrzegający tajemnicę przedsiębiorstwa powoływali się na specyfikę rynku usług inżynierskich, uzasadniając, że charakteryzuje się on szybkim tempem rozwoju. Jednakże, ani w treści wyjaśnień ani podczas rozprawy nie została przedstawiona żadna argumentacja w czym przejawia się specyfika rynku usług inżynierskich i jej szybkie tempo rozwoju. Wskazać należy, że co do zasady obszar działalności gospodarczej charakteryzuje się dynamicznym tempem rozwoju, wymagającym systematycznego pogłębienia wiedzy i umiejętności, aby pozostawać konkurencyjnym w danym obszarze działalności

gospodarczej. Niemal w każdej dziedzinie gospodarki poszukiwani się wysokiej klasy specjaliści jednakże okoliczność ta nie może stanowić podstawy do zastrzeżenia wykazu osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Żaden z wykonawców nie wyjaśnił w jaki sposób tempo rozwoju usług inżynieryjnych wpływa na liczbę dostępnych specjalistów na rynku i czy rzeczywiście istnieje ograniczona liczba osób możliwych do zaangażowania w realizację zamówienia. Nie zostało również wyjaśnione w czym wykonawcy upatrują specyfiki przedmiotowego zamówienia publicznego. Wskazać należy, że zamówienia dotyczy wykonywanie nadzoru nad pracami projektowymi i budowlanymi, co w ocenie Izby, należy uznać za typowe prace związane z procesem budowlanym i jak w każdym procesie budowlanym wymaga zaangażowania odpowiedniej grupy specjalistów.

Biorąc pod uwagę powyższe zasadny jest wniosek, że zastrzeżenie przez powyższych wykonawców wykazu osób do realizacji zamówienia należy uznać za nieuprawnione. W ocenie Izby powyżsi wykonawcy nie wykazali by spełnione zostały w odniesieniu do tych informacji przesłanki pozwalające je na zakwalifikowanie zastrzeżonych informacji, jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji mając na uwadze naczelną zasadę jawności postępowania o zamówienie publiczne, Izba uznała za zasadne nakazanie Zamawiającemu odtajnienie informacji dotyczących Potencjału Kadrowego – osób zdolnych do wykonania zamówienia w ofertach wykonawców Getinsa Inżynieria S.L., Biuro Usług Inwestycyjnych C. & H. Sp.j. oraz Egis Polska Inżynieria Sp. z .o.o.

Zastrzeżenie przez Getinsa Inżynieria S.L. wykazu usług głównych wraz z referencjami

W ocenie Izby wykonawca Getinsa Inżynieria S.L. nie wykazał, że informacje zawarte w wykazie usług głównych czy też sam wykaz stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. W przedłożonych wyjaśnieniach wykonawca ten wskazał, że wykaz ten zawiera informacje handlowe i organizacyjne, które niewątpliwie mają wartość gospodarczą. Wskazał, że informacje te nie są powszechnie dostępne, a ich ujawnienie narażałoby wykonawcę na roszczenia ze strony partnerów handlowych z tytułu ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W powyższych wyjaśnieniach brak jest jakiegokolwiek wyjaśnienia w czym wykonawca Getinsa upatruje wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji. Sam fakt uznania określonej informacji za informację handlową czy organizacyjną nie uzasadnia uznania jej za informację mającą wartość gospodarczą. Wykonawca Getinsa nie wyjaśnił również które z informacji

zamieszczanych w wykazie mają charakter organizacyjny, a które mają charakter handlowy ograniczając się do ogólnych stwierdzeń, iż informacje zamieszczone w wykazie mają wartość handlową i organizacyjną. Obowiązkiem wykonawcy były wskazanie Zamawiającemu, które z informacji zamieszczonych w wykazie mają charakter handlowy, a które organizacyjny i jaka jest podstawa do sklasyfikowania danej informacji jako informacji handlowej lub organizacyjnej i w czym przejawia się ich wartość gospodarcza.

Należy wskazać, że informacje zamieszczone w wykazie obejmują wyłącznie dane o wartości, przedmiocie, dacie wykonania i odbiorcy zamówienia. Ani w przedłożonych wyjaśnieniach ani podczas rozprawy nie zostało wyjaśnione Izbie jaka jest wartość gospodarcza powyższych informacji, zestawionych łącznie lub indywidualnie. Wykonawca nie wyjaśnił w jaki sposób dane zamieszczone w wykazie mają istotne znaczenie z punktu widzenia organizacji przedsiębiorstwa. W ocenie Izby sam fakt podania informacji o zrealizowanych inwestycjach i ich wartości nie może być uznany w analizowanym stanie faktycznym za tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie zostały wykazane w jaki sposób informacje zamieszczone w wykazie mogą być wykorzystane przez konkurencję ze szkoda dla wykonawcy Getinsa. Informacje te nie zawierają żadnych konkretnych informacji o sposobie, technologii wykonania zamówienia, użytych materiałach, które mogłyby być wykorzystane przez potencjalnych konkurentów.

Podkreślić również należy, że wskazane przez wykonawcę Getinsa ryzyko roszczeń ze strony partnerów handlowych z tytułu ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa Izba uznała bezprzedmiotowe. Po pierwsze, jak zostało wskazane, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest co do zasady jawne. Obowiązkiem wykonawcy decydującego się na uczestnictwo w postępowaniu jest przestrzeganie tej zasady, a co za tym idzie podjęcie wszelkich działań zmierzających do ujawnienia pełniej treści złożonej oferty. Skoro jak twierdzi wykonawca Getinsa treść umów wskazanych w wykazie uniemożliwia mu podanie nazwy kontrahenta, wartości i dat realizacji, obowiązkiem wykonawcy było zwrócenie się do kontrahenta o wyrażenie zgody na podanie takich informacji w treści wykazu. Kopia takiego pisma jak i odpowiedź kontrahenta winna być przedłożona Zamawiającemu, jako uwiarygodnienie braku możliwości odtajnienia informacji zawartych w wykazie. Powoływanie się wyłącznie na możliwe roszczenia bez możliwości weryfikacji treści klauzul umownych czy też podjęcia działań w celu uzyskania zgody na ich ujawnienie nie jest wystarczającą przesłanką do zastrzeżenia informacji zamieszczonych w wykazie usług jako tajemnica przedsiębiorstwa. Podkreślić również należy, że nawet w przypadku braku zgody kontrahenta, Zamawiający nadal

jest zobowiązany badać czy zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W analizowanym stanie faktycznym wykonawca Getinsa nie wskazał na żadne specyficzne okoliczności, które mogłyby uzasadniać zastrzeżenie wykazu wykonanych usług jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wskazać dalej należy, że wykonawca nie wykazał, że zostały podjęte działania zmierzające do zachowania powyższych informacji w poufności. Wykonawca powołał się jedynie na klauzule zamieszczone w umowach, nie przedstawił jednak Zamawiającemu żadnej kopii umowy w celu weryfikacji prawdziwości własnych twierdzeń.

W związku z powyższym Izba uznała, że brak było podstaw do zastrzeżenia informacji zawartych w wykazie usług jako tajemnica przedsiębiorstwa. Z tym samym powodów Izba uznała, że brak jest podstaw uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa dokumentów potwierdzających należyte wykonania zamówienia.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Przewodniczący: