

Sygn. akt: KIO 1118/16

KIO 1129/16

**WYROK**

**z dnia 12 lipca 2016 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ewa Kisiel**

**Członkowie: Piotr Kozłowski**

**Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 11 lipca 2016 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 24 czerwca 2016 r. przez wykonawcę **ELEKTROBUDOWA S.A., ul. Porcelanowa 12, 40 – 246 Katowice**
- B. w dniu 25 czerwca 2016 r. przez wykonawcę **CONTROL PROCESS S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków**

w postępowaniu prowadzonym **JSW Koks S.A., ul. Pawliczka 1, 40 – 800 Zabrze**

przy udziale:

- A. wykonawcy **CONTROL PROCESS S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1118/16 po stronie Zamawiającego,

- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum firm: M. Sp. z o.o., Europejski Holding Energetyczny Sp. z o.o., Termoelektro-Ukraina Sp. z o.o., ul. Płocka 164, 87-800 Włocławek** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1118/16 oraz KIO 1129/16 po stronie Zamawiającego,
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum firm: SBB Energy S.A., Slovenske Energeticke Strojame a.s., ul. Łowicka 1, 45-324 Opole** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1129/16 po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1.

- A) **Oddala odwołanie** wykonawcy **ELEKTROBUDOWA S.A., ul. Porcelanowa 12, 40 – 246 Katowice (sygn. akt KIO 1118/16).**
- B) **Uwzględnia odwołanie** wykonawcy **CONTROL PROCESS S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków (sygn. akt KIO 1129/16)** i nakazuje Zamawiającemu - **JSW Koks S.A., ul. Pawliczka 1, 40 – 800 Zabrze** - unieważnienie czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a następnie ujawnienie wykazów robót: 1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum firm: M. Sp. z o.o., Europejski Holding Energetyczny Sp. z o.o., Termoelektro-Ukraina Sp. z o.o., ul. Płocka 164, 87-800 Włocławek**, 2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum firm: SBB Energy S.A., Slovenske Energeticke Strojame a.s., ul. Łowicka 1, 45-324 Opole**, 3. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum firm: Rafako S.A. z siedzibą w Raciborzu, Skoda Praha z siedzibą w Pradze, Skoda Praha Invest s.r.o. z siedzibą w Pradze.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - ELEKTROBUDOWA S.A., ul. Porcelanowa 12, 40 – 246 Katowice (sygn. akt KIO 1118/16)** oraz Zamawiającego - **JSW Koks S.A., ul. Pawliczka 1, 40 – 800 Zabrze (sygn. akt KIO 1129/16)** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ELEKTROBUDOWA S.A., ul. Porcelanowa 12, 40 – 246 Katowice**(sygn. akt **KIO 1118/16**) oraz wykonawcę **CONTROL PROCESS S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** (sygn. akt **KIO 1129/16**), tytułem wpisów od odwołań,
- 2.2. zasądza od **Odwołującego** wykonawcy **ELEKTROBUDOWA S.A., ul. Porcelanowa 12, 40 – 246 Katowice** (sygn. akt **KIO 1118/16**) na rzecz **Zamawiającego - JSW Koks S.A., ul. Pawliczka 1, 40 – 800 Zabrze** kwotę **4 005 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięć złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę,
- 2.3. zasądza od **Zamawiającego - JSW Koks S.A., ul. Pawliczka 1, 40 – 800 Zabrze** na rzecz **Odwołującego** wykonawcy **CONTROL PROCESS S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** (sygn. akt **KIO 1129/16**), kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego 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 ( Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm. ) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

**Sygn. akt: KIO 1118/16**

**Sygn. akt: KIO 1129/16**

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający - JSW Koks S.A., ul. Pawliczka 1, 40 – 800 Zabrze na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Budowa bloku energetycznego opalanego gazem koksowniczym w Koksowni Radlin”.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

15 czerwca 2016 r. Zamawiający, drogą elektroniczną, przekazał wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia, w tym wykonawcom: ELEKTROBUDOWA S.A., ul. Porcelanowa 12, 40 – 246 Katowice (dalej: „Odwołujący” lub „ELEKTROBUDOWA”) oraz CONTROL PROCESS S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków (dalej: „Odwołujący” lub „Control Process”) informację o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu” i otrzymanych ocenach spełnienia tych warunków.

### **KIO 1118/16**

W dniu 24 czerwca 2016 r. ELEKTROBUDOWA wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, polegających na:

1. wykluczeniu Odwołującego z postępowania z uwagi na niespełnienie wymaganych warunków udziału w postępowaniu;
2. zaniechaniu dokonania prawidłowej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przez zaproszenie do złożenia oferty przez Odwołującego i przyznanie mu oceny 1 pkt zgodnie z pkt IV.1.2 ogłoszenia o zamówieniu;
3. zaniechaniu wezwania Odwołującego do uzupełnienia braków i przedstawienia wyjaśnień w zakresie przekazanego wykazu osób biorących udział w realizacji zamówienia, w sytuacji, gdy w ocenie Zamawiającego treść tego dokumentu budziła

- wątpliwości;
4. zaniechanie przeprowadzenia przez Zamawiającego obowiązkowego badania skuteczności zakwalifikowania poszczególnych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa;
  5. zaniechanie udostępnienia ELEKTROBUDOWIE wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przedstawionymi przez wszystkich wnioskodawców na wniosek ELEKTROBUDOWY z dnia 20 czerwca 2016 r.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez ich błędne zastosowanie i uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu w stosunku do osób Kierownika projektu, Kierownika budowy, Kierownika robót instalacyjnych oraz Kierownika robót AKPiA, skutkujące wykluczeniem Odwołującego z postępowania,

podczas gdy:

- a) Odwołujący złożył wyjaśnienia potwierdzające spełnienie tego warunku, w związku z tym, że personel Odwołującego posiada doświadczenie związane z realizacją, obejmującą swym zakresem wykonanie co najmniej jednego bloku energetycznego o mocy cieplnej minimum 100 MWt, nabytym przed upływem terminu na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w tym celu nie jest konieczne wykazanie czy przedmiot umowy, w ramach którego personel Odwołującego zdobył wymagane doświadczenie (Kierownika projektu, Kierownika budowy, Kierownika robót instalacyjnych oraz Kierownika robót AKPiA) zakończył etap rozruchu technologicznego, bowiem doświadczenie związane z realizacją i tym etapem zostało już przez ten personel nabyte;
- b) warunkiem udziału w postępowaniu polegającym na wykazaniu niezbędnego doświadczenia wykonawcy (Odwołującego) było wykazanie doświadczenia związanego z realizacją obejmującą swym zakresem wykonanie co najmniej jednego bloku energetycznego o mocy cieplnej minimum 100 MWt, z uwzględnieniem celu tychże wymagań, tj. z uwzględnieniem funkcji danych osób, które tym doświadczeniem się wykazują nie zaś wykazanie, że cały przedmiot umowy, zgodnie z postanowieniami odpowiedniej umowy, został w całości

wykonany;

- które to działania zostały podjęte wbrew, wynikającej z art. 7 ust. 1 Pzp zasadzie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co w konsekwencji doprowadziło do wykluczenia Odwołującego z postępowania pomimo, że brak było podstaw do takiej decyzji Zamawiającego;

2. § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013 r., poz. 231) (dalej: „rozporządzenie”), przez jego niewłaściwe zastosowanie, tj. zwrócenie się do Tauron Ciepło spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach („Tauron”) pismem z dnia 10 maja 2016 r. o udzielenie informacji, czy realizowane na zlecenie tego podmiotu zamówienie obejmujące zaprojektowanie, dostawę, montaż, rozruch i przekazanie do eksploatacji nowego bloku ciepłowniczego z kotłem fluidalnym, turbiną ciepłowniczo-kondensacyjną o mocy około 50-60 MWe i mocy cieplnej (ciepłowniczej) około 110 MWt wraz z gospodarkami towarzyszącymi, chłodnią wentylatorową oraz nową stacją pomp wody grzewczej (sieciowej) Elektrociepłowni - na które powoływał się Odwołujący wykazując spełnienie warunku dysponowania osobami posiadającymi doświadczenie niezbędne dla realizacji przedmiotu zamówienia - zostało według stanu na dzień 7 marca 2016 r. wykonane przez Odwołującego, i poproszono o wyjaśnienie czy warunkiem koniecznym dla ostatecznego odbioru wszelkich robót przez Inwestora w ramach ww. zamówienia było uprzednie przeprowadzenie przez wykonawcę rozruchu technologicznego obiektu w sytuacji, gdy:

(a) konieczność skorzystania z takich wyjaśnień podmiotu trzeciego nie powstała, gdyż w szczególności wykazy i dowody przedstawione przez Odwołującego ocenione we właściwy sposób nie powinny budzić wątpliwości;

(b) warunkiem udziału w postępowaniu, polegającym na wykazaniu niezbędnego doświadczenia wykonawcy (Odwołującego) było wykazanie doświadczenia związanego z realizacją obejmującą swym zakresem wykonanie co najmniej jednego bloku energetycznego o mocy cieplnej minimum 100 MWt, z uwzględnieniem celu tychże wymagań, tj. z uwzględnieniem funkcji danych osób, które tym doświadczeniem się wykazują, nie zaś wykazanie, że cały przedmiot umowy, zgodnie z postanowieniami odpowiedniej umowy, został w całości wykonany;

co doprowadziło do błędnego ustalenia, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu wyłącznie na podstawie pisma Tauron Ciepło spółka z

ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach z dnia 2 czerwca 2016 r., sygn. TW/SJ/22/2016 (w odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego, o którym mowa poniżej) z całkowitym pominięciem treści wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego, pomimo, iż treść tego pisma Tauron Ciepło sp. z o.o. nie jest jednoznaczna i nie mogła stanowić podstawy do wywiedzenia z niej wniosku, że tylko przeprowadzenie rozruchu próbnego pozwalało uznać, że blok realizowany dla Tauron Ciepło sp. z o.o. został wykonany w całości;

3. art. 26 ust. 3 oraz 4 w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez ich niezastosowanie i zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących przekazanych przez Odwołującego informacji w przedmiocie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy Zamawiający powziął wątpliwości, co do treści tych informacji,
4. art. 26 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez ich niezastosowanie i bezzasadne zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych dokumentów (w szczególności protokołów odbioru) potwierdzających spełnienie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy Zamawiający powziął wątpliwości, co do treści oświadczeń Odwołującego;
5. naruszenie przepisu art. 96 ust. 2 i 3 Pzp. w zw. z art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (j.t. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503) – dalej: „u.z.n.k.”, - przez ich nieuzasadnione zastosowanie polegające na przyjęciu, iż:
  - (a) wykaz wykonanych robót budowlanych przez Control Process wraz z potwierdzającymi to wykonanie dowodami;
  - (b) wykaz wykonanych robót budowlanych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: M. Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, Europejski Holding Energetyczny Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Termoelektro - Ukraina Sp. z o.o. z siedzibą w Kijowie (dalej: „Konsorcjum M.”) wraz z potwierdzającymi to wykonanie dowodami,
  - (c) wykaz wykonanych robót budowlanych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: SBB Energy S.A. z siedzibą w Opolu, Slovanske Energeticke Strojame a.s z siedzibą w Timace (dalej: „Konsorcjum SBB”) wraz z potwierdzającymi to wykonanie dowodami,

stanowią dokumenty objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, a w związku z tym bezzasadną odmowę udostępnienia tych dokumentów Odwołującemu, podczas gdy tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być objęte informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje mające wartość gospodarczą co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

W związku z powyższym Odwołujący żądał nakazania Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
2. ponowienia czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i przyznania ocen spełnienia tych warunków i nakazanie Zamawiającemu przyznanie Odwołującemu 1 (jednego) pkt zgodnie z pkt IV. 1.2 ogłoszenia o zamówieniu;
3. ponowienia czynności zaproszenia wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu do złożenia oferty poprzez zaproszenie do złożenia oferty Odwołującego;
4. ewentualnie, nakazanie Zamawiającemu wezwanie Odwołującego do uzupełnienia braków i przedstawienia wyjaśnień w zakresie przekazanego wykazu osób biorących udział w realizacji zamówienia;
5. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia przez Zamawiającego obowiązkowego badania skuteczności zakwalifikowania poszczególnych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa i udostępnienie ELEKTROBUDOWIE wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przedstawionymi przez wszystkich wnioskodawców na wniosek ELEKTROBUDOWY z dnia 20 czerwca 2016 r.;
6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wyjaśniał, że:

W trakcie postępowania, pismem z dnia 14 kwietnia 2016 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia braków i przedstawienia dodatkowych wyjaśnień, na które to wezwanie Odwołujący odpowiedział pismami z dnia 21 kwietnia 2016 r. oraz 28 kwietnia 2016 r.



Zgodnie z treścią informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków z dnia 15 czerwca 2016 r. Zamawiający uznał, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. spełnienia warunku w zakresie osób, którymi dysponuje Odwołujący co do wymaganych zgodnie z pkt III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu Kierownika projektu, Kierownika budowy, Kierownika robót instalacyjnych oraz Kierownika AKPiA.

Z treści Informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków Odwołujący dowiedział się, że w dniu 10 maja 2016 r. Zamawiający wystąpił do Inwestora, na rzecz którego wykonane zostały realizacje wskazane w pkt 1, 2, 3 i 6 wykazu osób, z pytaniem, czy zamówienie, o którym mowa we wskazanym wykazie, wedle stanu na dzień 7 marca 2016 roku (dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), zostało przez wykonawcę w całości wykonane, zaś wszystkie jego zobowiązania wynikające z umowy w sprawie zamówienia publicznego zrealizowane. Jednocześnie poproszono o wyjaśnienie, czy warunkiem koniecznym ostatecznego odbioru wszelkich robót przez Inwestora w ramach ww. zamówienia było uprzednie przeprowadzenie przez wykonawcę rozruchu technologicznego obiektu (innymi słowy czy wykonanie rozruchu było elementem koniecznym wykonania bloku w konsekwencji czy brak przeprowadzenia tej czynności uniemożliwiłby uznanie, iż przedmiot zamówienia został wykonany w całości).

Z treści informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków Odwołujący dowiedział się, że w dniu 3 czerwca 2016 r. Zamawiający otrzymał odpowiedź od Tauron (datowaną na dzień 2 czerwca 2016 r.), z której wynikało, że na dzień 7 marca 2016 r. roboty objęte zapytaniem nie zostały wykonane w całości, zgodnie z zawartym kontraktem, a wykonawca ma czas na ukończenie robót do 20 czerwca 2016 r. Jednocześnie wyjaśniono, że w zakresie prac wykonawcy mieści się przeprowadzenie rozruchu, w tym przeprowadzenie ruchu próbnego bloku. Zakończenie ruchu próbnego bloku jest warunkiem koniecznym dla uznania, że zamówienie zostało zrealizowane w całości.

Zdaniem ELEKTROBUDOWY decyzję o wykluczeniu z postępowania Odwołującego Zamawiający oparł wyłącznie na uzyskanej od Tauron informacji.

## I.

1. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp

Odwołujący wyjaśniał, że Zamawiający dokonując oceny złożonego przez Odwołującego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ustalił, że Odwołujący nie wykazał spełnienia jednego z warunków udziału w Postępowaniu, tj. opisanego w pkt III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu w stosunku do niektórych osób zdolnymi do wykonania zamówienia tj. Kierownika projektu, Kierownika budowy, Kierownika robót instalacyjnych oraz Kierownika robót AKPiA.

W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający w stosunku do osób Kierownika projektu, Kierownika budowy, Kierownika robót instalacyjnych oraz Kierownika robót AKPiA wymagał dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia, tj. dysponowaniem określonym osób (w tym osoby kierownika Projektu, Kierownika Budowy, Kierownika robót instalacyjnych, Kierownika AKPiA), tj. co najmniej wykazania, że osoby te posiadają doświadczenie „obejmujące swym zakresem wykonanie co najmniej jednego bloku energetycznego” (sic!) (pkt III.2.1 sec. 1.1.3) ogłoszenia o zamówieniu).

Wymóg ten Zamawiający uważał, za spełniony jeśli wykonawca wykaże się:

(a) jedną (1) osobą posiadającą doświadczenie zawodowe w nadzorowaniu jako Kierownik projektu co najmniej jednej (1) realizacji obejmujących swym zakresem wykonanie w systemie zaprojektuj i buduj „pod klucz” co najmniej jednego bloku energetycznego z zastosowaniem technologii kogeneracji i wytwarzaniu energii elektrycznej w generatorze turbozespołu kondensacyjno-upustowego o mocy cieplnej minimum 100 MWt, która zostanie wyznaczona przez wykonawcę na Kierownika projektu - Project Managera nadzorującego realizację przedmiotu umowy;

(b) jedną (1) osobą posiadającą. uprawnienia budowlane do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, posiadającą doświadczenie zawodowe jako Kierownik budowy co najmniej jednej (1) realizacji obejmującej swym zakresem wykonanie co najmniej jednego bloku energetycznego, która zostanie wyznaczona przez wykonawcę na Kierownika budowy odpowiedzialnego za realizację przedmiotu umowy;

(c) jedną (1) osobą posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń, posiadającą doświadczenie zawodowe jako Kierownik robót instalacyjnych co najmniej jednej (1) realizacji obejmującej swym zakresem wykonanie co najmniej jednego bloku energetycznego, która zostanie wyznaczona przez

wykonawcę na Kierownika robót instalacyjnych nadzorującego realizację przedmiotu umowy w branży instalacyjnej;

(d) jedną (1) osobą posiadającą doświadczenie zawodowe kierownika robót w zakresie AKPiA co najmniej jednej (1) realizacji obejmującej swym zakresem wykonanie co najmniej jednego bloku energetycznego, która zostanie wyznaczona przez wykonawcę na Kierownika robót AKPiA nadzorującego realizację przedmiotu umowy w branży AKPiA.

Zgodnie z pkt 1.1.3 (części II.2.1) ogłoszenia o zamówieniu w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, do wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu należało załączyć „wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnego do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, jak i podstawie do dysponowania tymi osobami wraz z oświadczeniem, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień - wzór druku wykazu wraz z oświadczeniem stanowi załącznik nrA6 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu”.

Odwołujący wyjaśniał, że po pierwsze, w ogłoszeniu o zamówieniu jako zasadą przyjęto wykazanie kwalifikacji i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia. Po drugie, z pkt 1.1.3.1-1.1.3.4 oraz 1.1.3.6-1.1.3.7 ogłoszenia o zamówieniu wynika, że doświadczenie, które winien posiadać personel wykonawcy obejmuje „wykonanie co najmniej jednego bloku energetycznego” o określonych parametrach, zaś w przypadku prac projektowych (pkt 1.1.3.5. części II.2.1 ogłoszenia o zamówieniu) obejmuje wykonanie dokumentacji projektowej bloku energetycznego. To oznacza, że wymóg posiadania doświadczenia powiązany jest z wykonaniem obiektu, który to z kolei powinien być rozumiany jako wykonanie wszelkich prac budowlanych, montażowych oraz dostaw niezbędnych do wykonania bloku. Nie jest istotne to, czy umowa dotycząca danego zadania została zrealizowana, bowiem okres wykonania umowy nie jest tożsamy z okresem „wykonania” danego obiektu, w tym przypadku bloku energetycznego.

Wymogiem Zamawiającego zatem było wykazanie, że dane osoby posiadają doświadczenie zdobyte „przy realizacji” budowy bloku energetycznego - co wynika z roli tychże osób przy realizacji zamówienia. Irrelevantne zatem dla wykazania doświadczenia:

(a) Kierownika Projektu jest doświadczenie z okresu rozruchu, skoro ten etap realizacji umowy jest pod nadzorem Kierownika rozruchu, w stosunku do którego Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości ani zastrzeżeń;

(b) Kierownika Budowy jest doświadczenie z okresu rozruchu, skoro jego funkcja zasadniczo kończy się wraz z wykonaniem robót budowlanych (jeszcze przed złożeniem wniosku o pozwolenie na użytkowanie);

(c) Kierownika robót instalacyjnych jest doświadczenie z okresu rozruchu, skoro roboty te są wykonywane znacznie wcześniej;

(d) Kierownika robót AKPiA jest doświadczenie z okresu rozruchu, skoro roboty te są wykonywane znacznie wcześniej.

Roboty „branżowe” w ramach inwestycji realizowanej przez ELEKTROBUDOWĘ na rzecz Tauron zostały wykonane przed upływem terminu do składania wniosków, zatem uprawniały osoby wskazane przez Odwołującego w wykazie pod numerem 1, 2, 3 i 6 do legitymowania się posiadaniem wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia.

W ocenie Zamawiającego, ze względu na to, że na dzień upływu terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu (tj. na dzień 7 marca 2016 r.) Odwołujący nie przeprowadził na podstawie umowy zawartej z Tauron Ciepło sp. z o.o. ruchu próbnego bloku, nie można uznać, że Odwołujący wykazał spełnienie ww. warunku udziału w Postępowaniu.

Co istotne - Zamawiający nie kwestionuje posiadania odpowiedniego doświadczenia przez osobę wskazaną jako kierownik rozruchu. Zamawiający zdaje się utożsamiać kwestię posiadania niezbędnego doświadczenia nabytego przez personel wykonawcy przy realizacji inwestycji o parametrach analogicznych do bloku będącego przedmiotem postępowania przez osoby na stanowisku Kierownika projektu, Kierownika budowy, Kierownika robót instalacyjnych oraz Kierownika robót AKPiA z wykonaniem całego przedmiotu zamówienia. Jest to wykładnia rozszerzająca warunków udziału w postępowaniu, która:

(a) po pierwsze nie znajduje uzasadnienia ze względu na cel tychże wymagań, które należy weryfikować i interpretować indywidualnie;

(b) po drugie, prowadzi do ukształtowania postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji.

Dokonując oceny treści wniosku Zamawiający pominął zupełnie treść wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w piśmie z dnia 28 kwietnia 2016 r., w szczególności co do stanu realizacji umowy na rzecz Tauron.

Odwołujący w swoim wyjaśnieniu wskazał, iż (i) roboty budowlane, których wykonania domagał się Zamawiający w zakresie wykazu osób, którymi dysponuje Spółka zostały wykonane przed upływem terminu na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i z tą chwilą roboty niezbędne do uznania, że personel posiada doświadczenie do udziału w postępowaniu zostały „zrealizowane”. Ogłoszenie o zamówieniu nie zawierało warunku wykazania, że cała umowa, w tym wszystkie zobowiązania (łącznie z obowiązkami z tytułu gwarancji lub rękojmi) zostały wykonane. Przeprowadzenie rozruchu technologicznego, co bezspornie stanowi element obowiązków Odwołującego jako wykonawcy na rzecz Tauron, nie zostało zakończone, jednakże ten etap realizacji umowy mógłby mieć znaczenie dla oceny posiadania doświadczenia przez Kierownika rozruchu - w tym zakresie Zamawiający nie posiadał wątpliwości, bowiem kierownikiem rozruchu została wskazana inna osoba niż osoba posiadająca doświadczenie przy realizacji inwestycji na zlecenie Tauron.

Należy mieć na uwadze, że ocena czy wykonawca (Odwołujący) posiada odpowiednie doświadczenie winna być oceniana w świetle treści ogłoszenia o zamówieniu, a nie w świetle umowy zawartej z innym zamawiającym.

Odwołujący wskazywał, co Zamawiający zdaje się pominął, że przedmiot wykonanej wcześniej umowy na zlecenie Tauron (budowa nowego bloku ciepłowniczego z kotłem fluidalnym, turbiną ciepłowniczo-kondensacyjną wraz gospodarkami towarzyszącymi w Tauron Ciepło S.A. Zakład Wytwarzania Tychy (dalej: „Umowa z Tauron”):

(a) nie musiał pokrywać się w całości z przedmiotem zamówienia. W szczególności w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w ogłoszeniu nie wskazano, aby w zakresie prac objętych zamówieniem pozostawało wykonanie rozruchu bloku, przeprowadzenie szkolenia personelu Zamawiającego, czy chociażby uzyskanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie przedmiotu Zamówienia.

(b) w Umowie z Tauron pod pojęciem „odbiorów końcowych” rozumie się wyłącznie odbiór końcowy wyników rozruchów (w tym ruchu regulacyjnego), bowiem odbiór prac nastąpił przed dniem upływu terminu do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zgodnie z treścią Umowy z Tauron „Roboty” zostały zdefiniowane jako: „wszelkie czynności, roboty, usługi, obowiązki, zadania, prace, dostawy, itp. jakie ma zrealizować Wykonawca dla należytej realizacji Kontraktu, w tym także takie, które - pomimo że nie zostały w Kontrakcie wyraźnie wskazane - są konieczne dla ukończenia lub bezpiecznej i właściwej eksploatacji Robót oraz nie wykraczają poza granice dostaw określone w Specyfikacji Technicznej”.

W zakresie tym znalazły się więc nie tylko roboty budowlane w rozumieniu art. 647 k.c., prace montażowe czy dostawy, ale również usługi szkolenia personelu zamawiającego,

przeprowadzenie rozruchu, przeprowadzenie w trakcie okresu gwarancyjnego prób eksploatacyjnych, itd.

Nie ulega jednak wątpliwości, że doświadczenie związane z realizacją bloku, wystarczające do ustalenia, że dany personel Odwołującego posiada doświadczenie, odpowiednie do realizacji Zamówienia, zostało nabyte przez wskazane przez Odwołującego osoby wraz z realizacją robót w rozumieniu kodeksu cywilnego, nie zaś realizacją wszystkich obowiązków Odwołującego, które w swojej istocie nie stanowią robót, a stanowią dodatkowe zobowiązania Odwołującego. Roboty zostały zrealizowane przed składaniem wniosków o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu, czego dowodem są protokoły odbioru.

Ruch próbny nie jest elementem „wykonania” bloku energetycznego - przeciwnie, ma on miejsce już po wykonaniu obiektu i odbiorze prac (co również miało miejsce w przypadku przedmiotowego doświadczenia personelu Odwołującego).

Ruch próby stanowi formę eksploatacji bloku, a nie jego realizacji. Jak wskazuje się w orzecznictwie: „Nie mają znaczenia motywy, jakimi kierował się [inwestor] uruchamiając określony obiekt budowlany (...). Nie zmienia stanu rzeczy również fakt, iż użytkowanie miało charakter jedynie tymczasowy, czy krótkotrwały”. Prawo Budowlane nie różnicuje przypadków użytkowania obiektu budowlanego w ramach właściwego procesu produkcyjnego od użytkowania związanego z testami funkcjonowania maszyn i urządzeń.

W orzecznictwie również podkreśla się, że wymóg „(...) realizacji obejmującej swym zakresem wykonanie w systemie zaprojektuj i zbuduj(...)” nie może być interpretowany przez Zamawiającego rozszerzające, tj. w sposób narzucający obowiązek wykazania, że etap rozruchów jest również zakończony.

Opis warunków udziału w postępowaniu, czyli ich konkretyzacja oraz sposób oceny ich spełniania powinien zapewniać wybór wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia, co stanowi cel jakemu ma służyć. Nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji

Warto również wskazać, że doświadczenie można określić jako potwierdzone w praktyce umiejętności w zakresie wykonania danego rodzaju zamówienia. Sposobem nabycia doświadczenia będzie uprzednie wykonywanie prac odpowiadających przedmiotowi zamówienia na rzecz innych podmiotów.

Zamawiający nie jest uprawniony do żądania od oferentów większej wiedzy i doświadczenia, niż jest to niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, zatem każdy warunek udziału w postępowaniu musi być związany z charakterystyką przedmiotu zamówienia, wskazanego przede wszystkim w treści ogłoszenia o zamówieniu.

Należy nadmienić, że nakładanie na oferentów przez Zamawiającego nieznajdujących oparcia w specyfice przedmiotu zamówienia wymagań lub dokonywanie wykładni treści opublikowanego ogłoszenia w taki sposób, że oferentom stawiane są wyższe niż konieczne wymagania stanowi naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, art. 22 ust. 4 i 5 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez dokonywanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania oferentów, a dodatkowo nie jest związany z przedmiotem zamówienia i nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie może oczekiwać, że doświadczenie, którym legitymuje się Odwołujący będzie całkowicie zbieżne z przedmiotem zamówienia, szczególnie jeżeli w postępowaniu mamy do czynienia wyłącznie ze skróconym i znacznie uproszczonym opisem przedmiotu zamówienia

Zamawiający nie tylko może, ale jest wręcz zobowiązany do wzięcia pod uwagę wszystkich okoliczności sprawy, w tym ustalonych podczas czynności powtórnego badania i oceny ofert. Aż do chwili zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, zgodnie z przepisami Pzp, Zamawiający dokonuje czynności w prowadzonym postępowaniu w celu wyboru oferty najkorzystniejszej.

Warto również zauważyć, że Zamawiający dokonał oceny spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp w oparciu o stanowisko Tauron wyrażone w piśmie z dnia 2 czerwca 2016 r., ignorując treść wyczerpujących wyjaśnień złożonych w tym zakresie przez Odwołującego w piśmie z dnia 28 kwietnia 2016 r., a także dopuszczając się zaniechania skierowania wezwania do złożenia dodatkowych dokumentów wykazujących posiadanie przez Odwołującego doświadczenia.

Tym niemniej, treść pisma Tauron z dnia 2 czerwca 2016 r. nie daje podstaw do konkluzji Zamawiającego. W szczególności Tauron poinformował, że „na dzień 7 marca 2016 r. roboty nie zostały wykonane w całości, zgodnie z zawartym Kontraktem, Wykonawca ma czas na ukończenie robót do 20 czerwca 2016 r.". Fakt, że cały przedmiot Umowy z Tauron nie został przez Odwołującego ukończony na dzień składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (7 marca 2016 r.), co zresztą nie było przez Odwołującego kwestionowane, nie jest równoznaczne z stwierdzeniem, że blok, którego Umowa z Tauron dotyczyła nie został do tej daty zrealizowany.

W piśmie z dnia 2 czerwca 2016 r. Tauron Ciepło sp. z o.o. posłużył się definicją robót zawartą w Umowie z Tauron, odnosząc się tym samym nie tylko do prac zmierzających do realizacji bloku, ale wszystkich prac, usług, itd. objętych przedmiotem Umowy z Tauron, a więc zakresem znacznie szerszym, niż realizacja samego bloku. Ponadto, zakres przedmiotu

Umowy z Tauron nie może wyznaczać zakresu ogłoszenia o Zamówieniu oraz definiować czy przesłanki udziału w postępowaniu zostały spełnione.

Podobnie należy ocenić zawarte w piśmie Tauron Ciepło sp. z o.o. stanowisko, iż: „Jednocześnie wyjaśniamy, że w zakresie prac Wykonawcy jest przeprowadzenie rozruchu w tym przeprowadzenie ruchu próbnego bloku. Zakończenie ruchu próbnego bloku jest warunkiem koniecznym do uznania, że Zamówienia zostało zrealizowane w całości”. W tym zakresie również Tauron odnosi się do realizacji całego zamówienia, a nie realizacji bloku. W ocenie Odwołującego, wnioski dokonane przez Zamawiającego na podstawie tego pisma są zbyt daleko idące, a treść pisma Tauron niewystarczająca do uznania, że wykonawca (Odwołujący) i wskazane przez niego w pkt 1, 2, 3 i 6 osoby nie posiadają wymaganego doświadczenia. Treść pisma Tauron nie jest jednoznaczna i nie mogła stanowić podstawy do wywiedzenia z niej wniosku, że tylko przeprowadzenie rozruchu próbnego pozwalało uznać, że przedmiot zamówienia realizowanego dla Tauron został wykonany w całości.

Opisane powyżej naruszenia w konsekwencji doprowadziły do naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, na podstawie którego Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania pomimo, że brak było podstaw do takiej decyzji Zamawiającego. Odwołujący wykazał spełnienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu.

Doświadczenie wskazanej przez Odwołującego osoby na stanowisku Kierownika projektu, powinno nie tylko doprowadzić do wniosku, że Odwołujący spełnił minimalny wymóg prekwalifikacji, ale również zapewnić w jej ramach przyznanie Odwołującemu 1 punktu.

Zgodnie bowiem z treścią ogłoszenia o Zamówieniu (pkt IV. 1.2): „(...)Zasady prekwalifikacji w przedmiotowym postępowaniu: Zamawiający przyzna każdemu wykonawcy, który spełnia warunki udziału w postępowaniu punkty w następujący sposób:

(...)

3) zero (0) punktów: w przypadku spełnienia przez wykonawcę minimalnego warunku udziału w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia, tj. wykazania przez wykonawcę minimalnego doświadczenia zawodowego Kierownika projektu - wyłącznie jednej (1) realizacji obejmujących swym zakresem wykonanie w systemie zaprojektuj i buduj „pod klucz” co najmniej jednego bloku energetycznego z zastosowaniem technologii kogeneracji i wytwarzaniu energii elektrycznej w generatorze turbozespołu kondensacyjno-upustowego o mocy cieplnej minimum 100 MWt,



4) wykonawca otrzyma jeden (1) punkt za każdą dodatkową realizację wykonaną przez Kierownika projektu w ramach jego doświadczenia zawodowego określonego powyżej w pkt 3)".

Dla osoby na stanowisko Kierownika projektu Odwołujący przedstawił w uzupełnionym w dniu 28 kwietnia 2016 r. w wykazie 2 roboty, które powinny zapewnić Odwołującemu przyznanie przez Zamawiającego 1 punktu w ramach oceny przedstawionego wniosku.

2. Zarzut naruszenia § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane

Zdaniem odwołującego Zamawiający w sposób niewłaściwy zastosował przywołany przepis, bowiem zwrócił się do Tauron pismem z dnia 10 maja 2016 r. o udzielenie informacji, czy realizowane na zlecenie tego podmiotu zamówienie obejmujące zaprojektowanie, dostawę, montaż, rozruch i przekazanie do eksploatacji nowego bloku ciepłowniczego z kotłem fluidalnym, turbiną ciepłowniczo- kondensacyjną o mocy około 50-60 MWe i mocy cieplnej (ciepłowniczej) około 110 MWt wraz z gospodarkami towarzyszącymi, chłodnią wentylatorową oraz nową stacją pomp wody grzewczej (sieciorowej) Elektrociepłowni zostało według stanu na dzień 7 marca 2016 r. wykonane przez wykonawcę.

Pismo Zamawiającego nie było precyzyjne, pytania skierowane do Tauron nie pozwalały na udzielenie informacji, która pozwalałaby ocenić czy:

- (a) roboty dotyczące bloku zostały wykonane przez Odwołującego,
- (b) rozpoczęta została eksploatacja bloku,
- (c) wystosowane do podmiotu trzeciego, w sytuacji, gdy konieczność skorzystania z takich wyjaśnień podmiotu trzeciego nie powstała, bowiem wykazy i dowody przedstawione przez Odwołującego ocenione we właściwy sposób nie powinny budzić wątpliwości Zamawiającego.

Jednocześnie Zamawiający zaniechał zwrócenia się do Odwołującego o przedłożenie dokumentów wykazujących doświadczenie, zgodnie z oświadczeniem wykonawcy (Odwołującego) z dnia 28 kwietnia 2016 r.

Odwołujący wskazywał, że w orzecznictwie KIO wskazuje, że „z perspektywy przepisu § 1 ust. 5 Rozporządzenia, wszystkie wykazywane usługi i dostawy mają charakter "wykonanych". Przepis ten znajduje zastosowanie wyłącznie w fazie badania i oceny ofert, może zatem odnosić się tylko do dokumentów złożonych przez wykonawcę, te zaś mogą

potwierdzać stan najpóźniej na dzień składania ofert. Zatem, podawane przez wykonawcę w postępowaniu w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu zadania, nawet jeśli są one w trakcie wykonywania (usługi lub dostawy o charakterze ciągłym lub okresowym), mogą służyć wykazaniu spełnienia warunku tylko w zakresie, w jakim je wykonano do terminu składania ofert. W tym aspekcie, te dostawy i usługi są, w momencie składania ofert a następnie ewentualnego korzystania przez zamawiającego z dyspozycji przepisu § 1 ust. 5.(...)

(...)

Dopuszczenie możliwości posłużenia się usługami i dostawami będącymi w toku wykonywania (ciągłymi lub okresowymi) oznacza tyle, że oceny należytego wykonania zadania należy dokonać najpóźniej na moment składania ofert i według tej wiedzy, jaka dotyczy już zrealizowanej części dostaw i usług".

### 3. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp i w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp

Zdaniem Odwołującego w sytuacji, gdy Zamawiający powziął wątpliwości, co do treści wyjaśnień i dokumentów przedstawionych przez Odwołującego, wskazany przepis art. 26 ust. 3 i 4 Pzp nie pozostawiał mu możliwości zdecydowania, czy Zamawiający skorzysta z uprawnienia do żądania dodatkowych wyjaśnień, czy też poprzestanie na niewystarczających w jego ocenie informacjach.

Bezzasadne zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących przekazanych przez Odwołującego informacji w przedmiocie spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w Postępowaniu w sytuacji, gdy Zamawiający powziął wątpliwości, co do treści tych informacji, stanowi oczywiste naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp. Zaniechanie Zamawiającego spowodowało również naruszenie ujętej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Niniejszy zarzut powoływany jest jedynie z ostrożności, bowiem w ocenie Odwołującego - ze względów opisanych powyżej - wyjaśnienia i dokumenty przedstawione przez Odwołującego nie powinny budzić wątpliwości Zamawiającego.

### 4. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp

W ocenie Odwołującego bezzasadne zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych dokumentów (w szczególności listu referencyjnego, protokołów odbioru)

potwierdzających spełnienie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy Zamawiający powziął wątpliwości, co do treści oświadczeń Odwołującego, stanowi oczywiste naruszenie art. 26 ust. 1 Pzp. Zaniechanie Zamawiającego spowodowało również naruszenie ujętej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Niniejszy zarzut powoływany jest jedynie z ostrożności, bowiem w ocenie Odwołującego - ze względów opisanych powyżej - wyjaśnienia i dokumenty przedstawione przez Odwołującego powinny były zapewnić wykazanie spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu.

Z uwagi na powyższe, opisane czynności oraz zaniechanie czynności Zamawiającego pozostają w oczywistej sprzeczności z przepisami Pzp, tym samym czyniąc niniejsze odwołanie koniecznym i całkowicie uzasadnionym.

II.

Naruszenie art. 96 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 u.z.n.k.

Odwołujący podnosił, że kilku z konkurencyjnych wykonawców tj. Control Process, Konsorcjum SBB oraz Konsorcjum M., składając wnioski zastrzegły, iż wykaz wykonanych robót budowlanych wraz z dokumentami potwierdzającymi ich wykonanie stanowią rzekomo tajemnicę przedsiębiorstwa.

Po pierwsze, wykonawcy w żaden sposób nie udowodnili w jaki sposób ujawnienie wykazu robót miałyby naruszyć tajemnicę przedsiębiorstwa oraz narazić je na szkodę. Po drugie, zapewne każdy z wykonawców zawierając umowę o roboty budowlane zobowiązał się do wykonania określonych prac, a za ich wykonanie uzyskał stosowne wynagrodzenie, które umieścił w sprawozdanych finansowych za określony rok obrotowy. Jak również odprowadził od nich podatek dochodowy oraz podatek VAT - zatem wynagrodzenie zostało ujawnione w księgach podatkowych oraz w picie. Po trzecie, o ile zakładając, że wykonawcy wygrywali również przetargi na roboty publiczne to obowiązkiem zamawiającego było ujawnienie ich jako wykonawcy do wiadomości publicznej. Po czwarte, sam wykaz robót budowlanych w żaden sposób nie naraża wykonawcy na ujawnienie informacji o charakterze technicznym, technologicznym oraz organizacyjnym przedsiębiorstwa bowiem wskazywał jedynie dla jakiego podmiotu dany wykonawca świadczył usługi. Po piąte, dowodem na wykonanie prac może być np. protokół odbioru z treści, którego może wynikać jedynie przedmiot jaki został wykonany przez danego wykonawcę oraz czy zostały zgłoszone jakieś zastrzeżenia.

Zatem, nie sposób jest w sposób dostateczny uzasadnić w jaki sposób wykaz prac mógłby spełnić jakąkolwiek z trzech przesłanek wskazanych w przepisie art. 11 ust 4 u.zn.k. nie mówiąc już o kumulatywnym ich spełnieniu.

Również Orzecznictwo Sądów Powszechnych wskazuje, na niedopuszczalność objęcia tajemnicą wykazu robot wykonanych przez wykonawcę. O niedopuszczalności objęcia tajemnicą wykazu robót wykonanych przez wykonawcę wypowiedział się, w analogicznym stanie faktycznym, Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 3 listopada 2008 r. sygn. akt V Ca 2037/08, w którym wskazał:

„Istotą sporu była kwestia, czy załącznik nr 3 do siwz, tj. wykaz wykonanych zadań z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców złożony przez wykonawcę –X Sp. z o.o. w (...) z zastrzeżeniem, iż nie może być udostępniany, został zasadnie utajniony przez zamawiającego jako zawierający informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych). (...) Słusznie Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż informacje zawarte w wykazie wykonanych zamówień wykonawcy - X Sp. z o.o. w (...) nie stanowią tajemnicy tego przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawą z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, 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.”

Wobec powyższego, nie sposób przypuszczać, iż Zamawiający przeprowadził obowiązkowe badanie, które potwierdzałoby skuteczność dokonanych przez Control Process, Konsorcjum SBB oraz Konsorcjum M. zastrzeżeń o zakwalifikowaniu wykazu wykonanych robót jako informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa. Zamawiający zobowiązany jest do przeprowadzenia badania skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę poszczególnych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednocześnie takie badanie musi być przeprowadzone ze szczególną starannością w celu uniknięcia uniemożliwienia wykonawcom konkurencyjnym oceny ofert i dokumentów składanych w postępowaniu zapoznania się z treścią dokumentów.

W dniu 11 lipca 2016 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie w której wnosił o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego.

W toku rozprawy Odwołujący wycofał żądanie opisane w pkt 2 odwołania (str. 6) dotyczące przyznania Odwołującemu 1 pkt zgodnie z pkt. IV.1. ogłoszenia o zamówieniu.

## **KIO 1129/16**

W dniu 25 czerwca 2016 r. Control Process wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności podjętych przez Zamawiającego oraz zaniechań w postępowaniu, tj. od:

- a) zaniechania odtajnienia (ujawnienia i udostępnienia) przez Zamawiającego dokumentów i oświadczeń zastrzeżonych przez wykonawców: Konsorcjum M. Konsorcjum SBB oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: Rafako S.A. z siedzibą w Raciborzu, Skoda Praha a.s z siedzibą w Pradze, Skoda Praha Invest s.r.o. z siedzibą w Pradze (dalej: „Konsorcjum Rafako”), jako tajemnica przedsiębiorstwa pomimo, że informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach i oświadczeniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- b) zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu Konsorcjum M. z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum M. mimo niespełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia,
2. naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. od 1 do 3 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 u.z.n.k., przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia i udostępnienia) dokumentów zastrzeżonych przez: Konsorcjum M., Konsorcjum SBB, Konsorcjum Rafako, jako tajemnica przedsiębiorstwa, pomimo, że informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bądź wykonawcy w odpowiednim terminie nie wykazali zaistnienia przesłanek uprawniających do ich zastrzeżenia.

Odwołujący wnosił o:

1. powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz czynności przyznania ocen spełniania tych warunków,
2. odtajnienie wykazu robót Konsorcjum M., Konsorcjum SBB oraz Konsorcjum Rafako,
3. wykluczenie z udziału w postępowaniu Konsorcjum M..

W uzasadnieniu odwołania Control Process wyjaśniał, że:

1. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku art, 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum M. mimo niespełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający wymagał, aby wykazywane przez wykonawców inwestycje dotyczyły wykonania w systemie zaprojektuj i buduj „pod klucz” co najmniej dwóch bloków energetycznych z zastosowaniem technologii kogeneracji o mocy cieplnej minimum 100 MWt każdy. Tym samym aby posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie konieczne jest wykonanie powyższych inwestycji w całości przez podmiot, który powołuje się na ich realizację. Z wiedzy posiadanej przez Odwołującego (bardzo dobra znajomość rynku zamówień w sektorze energetycznym w Europie Środkowo-Wschodniej), jedynym podmiotem z grona spółek należących do Konsorcjum M. mającym znaczące doświadczenie w realizacji obiektów dla energetyki zawodowej jest spółka Termoelektro - Ukraina. Jak wynika jednak z wiedzy Wykonawcy Termoelektro - Ukraina Sp. z o.o. nigdy nie wykonał żadnej inwestycji analogicznej do wskazanego wymogu w systemie zaprojektuj i wybuduj „pod klucz” a jedynie w ramach podobnych Inwestycji wykonywał prace montażowe na rzecz Generalnego Wykonawcy. Budowa bloku energetycznego w systemie zaprojektuj i wybuduj „pod klucz” związana jest z wykonaniem całości prac projektowych, właściwym doborem i dostawą urządzeń wytwórczych (np. kotły parowe, silniki, turbiny), wykonaniem całości prac montażowych i budowlanych związanych z posadowieniem i zamontowaniem ww. urządzeń, a następnie uruchomieniem i wykonaniem rozruchu całego bloku energetycznego. Tym samym wykonanie wyłącznie prac montażowych w toku budowy bloku energetycznego, za którą to budowę jako Generalny Wykonawca był odpowiedzialny inny podmiot, nie można poczytywać jako spełniającego warunek wiedzy i doświadczenia w niniejszym Postępowaniu. Wskazać należy, iż w ramach niniejszego odwołania Odwołujący kwestionuje również zasadność zastrzeżenia Wykazu robót jako zawierającego tajemnicę przedsiębiorstwa, Nie mniej jednak

w sytuacji, w której Konsorcjum M. celem wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu powoływało się na inwestycje:

1. Beryozovskaya TPP w Sharypovo, region Krasnoyarskiy,
2. Gusinoozyorskaya TPP w Gusinoozyorsk, republika Buryatiya,
3. Kharanorskaya GRES,
4. Cherepetskaya GRES
5. Mobilniye GTES w Moskwie

należy podkreślić, iż nie mogą one potwierdzać spełniania warunku udziału w postępowaniu. Wskazać należy, iż inwestycja zawarta pod pkt 1 i 3 wykonana została przez ZAO "Energoproekt". Inwestycja w pkt 2 przez ZAO "Energiya-service", Inwestycja w pkt 4 przez Technopromexport, natomiast inwestycja wskazana w pkt 5 przez ZAO (JSC) "Energoproekt". Tym samym powyższe inwestycje nie zostały wykonane przez któregokolwiek z członków Konsorcjum M. a fakt udziału w montażu bloków nie może potwierdzać spełniania warunku udziału w niniejszym postępowaniu.

Innymi słowy Konsorcjum M. nie może powoływać się, jako na referencję własną spełniającą warunek udziału w postępowaniu, na żadną z ww. inwestycji.

2. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. od 1 do 3 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia i udostępnienia) dokumentów zastrzeżonych przez Konsorcjum M., Konsorcjum SBB oraz Konsorcjum Rafako

#### KONSORCJUM M.

W ocenie Odwołującego Konsorcjum M. nie wykazało jakoby wykaz robót/referencji spełniał przesłanki umożliwiające dokonanie zastrzeżenia wskazanych w nim informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W tym zakresie wykonawca wskazał jedynie na wyrok Sądu Antymonopolowego z 1996 r., i zaznaczył, że z tego powodu konieczne było zastrzeżenie oprócz wykazu osób również wykazu referencji/robót.

Odwołujący wskazywał, że posiada wiedzę (ogólnodostępne źródła informacyjne, w tym materiały promocyjne Konsorcjum M.), dotyczącą inwestycji mogących być przedstawionymi w wykazie robót przez Konsorcjum M.. Jeśli w zastrzeżonym wykazie robót

wykonawca ten wykazuje wykonanie którejkolwiek z podanych niżej inwestycji to niespełniony jest warunek nieujawnienia tych informacji do publicznej wiadomości:

L.p.	Nazwa inwestycji	Lokalizacja	Okres realizacji	Moc	Klient
1	Beryozovskaya TPP	Krasnoyarsk^ region,	2011-2014	800 MW	JSC "E.ON Russia"
2	Gusinoozyorskaya TPP	Buryatiya, Gusinoozyorsk	2011-2012	210 MW	JSC "WGC-3"
3.	Kharanorskaya.GRES		2008-2011	225 MW	OAO "WGC-3"
4	Cherepetskaya GRES		2010-2014	225 MW	"WGC-3"
5	Mobilniye GTES	region Moskwa	2008-2009	22,5 MW	OAO (JSC) "Mobilnie GTES"

Biorąc zatem pod uwagę orzecznictwo sądów oraz definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, Control Process podnosił, że informacje zastrzeżone w wykazie robót przez Konsorcjum M. nie wypełniają przesłanek, o których mowa w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

### KONSORCJUM SBB

W ocenie Odwołującego Konsorcjum SBB w złożonych przez siebie wyjaśnieniach zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w żaden sposób nie wykazało, iż zastrzeżony przez tego wykonawcę wykaz robót ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Celem wykazania powyższej przesłanki wynikającej z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Konsorcjum wskazało, iż:

*Zastrzeżone informacje mają charakter handlowo-organizacyjny – Ujawnienie danych i informacji zawartych w naszej ofercie dot. Referencji wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia (SES a.s) i adresów zakładów, w których oferowana technologia efektywnie funkcjonowała oraz informacji dotyczących osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, innym Wykonawcom składającym konkurencyjne oferty w niniejszym postępowaniu, a zatem działających na tym samym rynku co Wykonawcy wspólnie ubiegający się o dzielenie zamówienia, niesie poważne ryzyko przejęcia przez nich wiedzy,*



*know-how i potencjału, którym dysponują Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, i tym samym zagraża ich interesom gospodarczym. Przedsiębiorcy specjalizujący się w procesach związanych z wykonaniem przedmiotowego zadania, dysponują wiedzą, rozwiązaniami technicznymi, technologicznymi, która stanowiąc tajemnicę ich przedsiębiorstwa, podlega ujawnieniu wyłącznie w ramach konkretnych przedsięwzięć i konkretnym osobom z rygorystycznym zastrzeżeniem poufności.*

W ocenie Odwołującego wskazane powyżej wyjaśnienia w żaden sposób nie wykazują jakoby wykaz robót przedstawiał dla Konsorcjum SBB wartość gospodarczą. Należy podkreślić, iż arbitralne i subiektywne przekonanie wykonawcy odzwierciedlone w treści złożonych wyjaśnień o wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji i ich poufnym charakterze nie może stanowić wyłącznej podstawy do zasadności zastrzeżenia.

Należy również dodać, że w ocenie Odwołującego referencje i informacje zastrzeżone w wykazie robót nie spełniają również kryterium „informacji nieujawnionych do wiadomości publicznej”. Zestawiając treść wezwania do wyjaśnień i uzupełnień Konsorcjum SBB z ogólnodostępnymi informacjami - również na stronach WWW członków Konsorcjum, Odwołujący domniemuje, iż:

1. Robota z pozycji 1 wykazu robót to zadanie prezentowane na stronie spółki Slovenske Energeticke Strojarnje a.s jako: „TPP Revamp Slovnaft (Slovakia) - 2x160 t/h” (tłum, „Modernizacja elektrowni termalnej Slovnefl (Słowacja)”), pod linkiem: <http://www.ses.sk/en/index.php?navID=2&id=653> (w załączeniu jako Załącznik nr 4, zrzut strony z dnia 24.06.2016), natomiast
2. Robota z pozycji 2 wykazu robót to najpewniej zadanie pn. „Rozbudowa elektrociepłowni gazowej w Siedlcach - budowa bloku gazowo parowego w celu zwiększenia produkcji energii elektrycznej w wysokosprawnej kogeneracji oraz zmniejszenia emisji zanieczyszczeń powietrza”, na temat którego szereg informacji można znaleźć m.in. na stronie inwestora: <http://www.pec-siedlce.com.pl/site/148/rozbudowa-elektrociepłowni-azowej.html> (w załączeniu jako Załącznik nr 5, zrzut strony z dnia 24.06.2016). Powyższe zadanie miało charakter zamówienia publicznego, zatem informacje o jego udzieleniu, wraz z wartością zamówienia oraz jego szczegółowym przedmiotem są informacjami jawnymi, w szczególności m.in, zostały opublikowane w ogłoszeniu nr 164207-2010 z dnia 21.10.2015 w Dzienniku Urzędowym UE.

Nie mając jednak pewności co do powyższych informacji Odwołujący wskazywał jedynie, że posiada wiedzę o fakcie wykonywania takich inwestycji. Jeśli więc w zastrzeżonym

wykazie robót wykonawca ten wykazuje wykonanie którejkolwiek z podanych wyżej inwestycji to niespełniony jest warunek ujawnienia tych informacji do publicznej wiadomości.

Biorąc zatem pod uwagę orzecznictwo sądów oraz definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący podnosił, że informacje zastrzeżone w wykazie robót przez Konsorcjum SBB nie wypełniają przesłanek, o których mowa w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

### KONSORCJUM RAFAKO

W ocenie Odwołującego Konsorcjum Rafako w złożonych przez siebie wyjaśnieniach w ogóle nie wykazało zasadności zastrzeżenia wykazu robót. Arbitralne i subiektywne przekonanie członka konsorcjum odzwierciedlone w treści złożonych wyjaśnień o wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji i ich poufnym charakterze nie może stanowić wyłącznej podstawy do zasadności zastrzeżenia. Należy wskazać, iż zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa robót budowlanych wykonanych na rzecz podmiotów publicznych na podstawie umów uzyskanych w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego nie zasługują na ochronę. Informacje tego typu są informacjami ujawnionymi do publicznej informacji przez co niespełniona jest jedna z przesłanek zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Biorąc zatem pod uwagę orzecznictwo sądów oraz definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący podnosił, że informacje zastrzeżone w wykazie robót przez Konsorcjum Rafako nie wypełniają przesłanek, o których mowa w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W dniu 8 lipca 2016 r. do Izby wpłynęło pismo procesowe wykonawcy - przystępującego po stronie Zamawiającego – Konsorcjum SBB.

W toku rozprawy odwołujący złożył oświadczenie, że cofa zarzuty opisane na str. 2 odwołania, dotyczące zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum M. z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu (pkt I lit. b).

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz przystępujących złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania (zreferowanej powyżej) i jest właściwie pomiędzy stronami bezsporny. Strony różnią się jedynie w jego interpretacji oraz co do wniosków wyciąganych z zastanych okoliczności faktycznych, szczególnie ich ocenie prawnej.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

### **KIO 1118/16**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba, dokonując oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stwierdziła, że zarzuty w zakresie naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp opisane w odwołaniu jedynie w części potwierdziły się.

#### **I.**

Jako pierwszą Izba rozpoznała grupę zarzutów związanych z wykluczeniem z postępowania wykonawcy ELEKTROBUDOWA z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu. W omawianym zakresie Izba uznała zgłoszone zarzuty za niezasadne.

Nie budzi żadnych wątpliwości Izby, że w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, wykonawca ubiegający się o zamówienie powinien być do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu załączyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności zaś odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnego do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, jak i podstawie do dysponowania tymi osobami, wraz z oświadczeniem, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień.

Obowiązkiem wykonawcy było wykazanie w wykazie, iż ten dysponuje co najmniej:

- jedną (1) osobą posiadającą doświadczenie zawodowe w nadzorowaniu jako Kierownik projektu co najmniej jednej (1) realizacji obejmującej swym zakresem wykonanie w systemie zaprojektuj i buduj „pod klucz” co najmniej jednego bloku energetycznego z zastosowaniem technologii kogeneracji i wytwarzaniu energii elektrycznej w generatorze turbozespołu kondensacyjno-upustowego o mocy cieplnej minimum 100 MWt, która zostanie wyznaczona przez wykonawcę na Kierownika projektu - Project Managera nadzorującego realizację przedmiotu umowy;
- jedną (1) osobą posiadającą uprawnienia budowlane do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, posiadającą doświadczenie zawodowe jako Kierownik budowy co najmniej jednej (1) realizacji obejmującej swym zakresem wykonanie co najmniej jednego bloku energetycznego, która zostanie wyznaczona przez wykonawcę na Kierownika budowy odpowiedzialnego za realizację przedmiotu umowy;
- jedną (1) osobą posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń, posiadającą doświadczenie zawodowe jako Kierownik robót instalacyjnych co najmniej jednej (1) realizacji obejmującej swym zakresem wykonanie co najmniej jednego bloku energetycznego, która zostanie wyznaczona przez wykonawcę na Kierownika robót instalacyjnych nadzorującego realizację przedmiotu umowy w branży instalacyjnej;
- jedną (1) osobą posiadającą doświadczenie zawodowe kierownika robót w zakresie AKPiA co najmniej jednej (1) realizacji obejmującej swym zakresem wykonanie co najmniej jednego bloku energetycznego, która zostanie wyznaczona przez wykonawcę

na Kierownika robót AKPiA nadzorującego realizację przedmiotu umowy w branży AKPiA.

Nie jest również sporne między stronami, że Zamawiający, w odniesieniu do ww. informacji zawartych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonym przez ELEKTROBUDOWĘ stwierdził brak potwierdzenia warunku opisanego treścią pkt. III.2.1)

Wobec tego w dniu 14 kwietnia 2016 roku Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia nowego wykazu osób wraz z właściwymi oświadczeniami, zgodnego z warunkiem opisanym w pkt. III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu, z którego jednoznacznie miało wynikać, iż Odwołujący dysponuje osobami o wymaganym w warunku udziału doświadczeniu.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego pismem z dnia 28 kwietnia 2016 roku, Odwołujący złożył Zamawiającemu „zaktualizowany wykaz osób spełniających wymagania” oraz wyjaśnienia w przedmiocie uznania doświadczenia osób tamże wskazanych, za spełniające postawiony w postępowaniu warunek dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Z ustaleń Izby wynika, że w „zaktualizowanym wykazie osób spełniających wymagania” Odwołujący na stanowiskach: Kierownik projektu, Kierownik budowy, Kierownik robót instalacyjnych oraz Kierownik robót AKPiA wskazał osoby legitymujące się doświadczeniem zdobytym w ramach realizacji zadania na rzecz Tauron Ciepło Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach (Tauron Ciepło ZW Tychy). W kolumnie „Doświadczenie” w zakresie terminu realizacji zadania dla ww. osób podano termin końcowy „18.01.2016”.

Z ustaleń Izby wynika również, że Zamawiający pismem z dnia 10 maja 2016 r. wystąpił do Tauron Ciepło Sp. z o.o. o udzielenie informacji w zakresie przedmiotu, elementów oraz procedury zakończenia zadania realizowanego na rzecz Tauron Ciepło ZW Tychy z uwzględnieniem daty 7 marca 2016 r.

W skutek przedmiotowego pisma Zamawiający uzyskał informację od Tauron, iż „na dzień 7 marca 2016 r. roboty nie zostały wykonane w całości, zgodnie z zawartym Kontraktem, Wykonawca ma czas na ukończenie robót do 20 czerwca 2016 r. Jednocześnie wyjaśniamy, że w zakresie prac Wykonawcy jest przeprowadzenie rozruchu w tym przeprowadzenie ruchu próbnego bloku. Zakończenie ruchu próbnego bloku jest warunkiem koniecznym do uznania, że Zamówienie zostało zrealizowane w całości. Potwierdzamy również, że zakres przedmiotu zamówienia obejmuje projektowanie, dostawy, montaż i rozruch technologiczny. (...)”.

Wobec tak zarysowanego stanu faktycznego rozstrzygnięcie niniejszego sporu wymaga interpretacji przez Izbę przytoczonego powyżej warunku udziału w postępowaniu, opisanego w pkt. III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu w kontekście pojęcia „zakończenia prac”, bowiem strony postanowienia w siwz w tym zakresie rozumieją rozbieżnie.

W omawianej kwestii Izba rację przyznała Zamawiającemu, w pełni dzieląc prezentowaną przez niego argumentację. Izba stoi na stanowisku, że doświadczenie, które winien posiadać personel wykonawcy powinno obejmować „wykonanie co najmniej jednego bloku energetycznego” o określonych parametrach. Przy tym stwierdzić należy, że blok energetyczny jest kompleksową instalacją, która winna zdolną do realizacji określonych funkcji, przy osiągnięciu założonych parametrów. Oznacza to, że aby móc powoływać na doświadczenie w wykonaniu takiego bloku, to wykonawca powinien nie tylko wykonać wszelkie czynności składające się konstrukcję i wyposażenie bloku ale również przeprowadzić wszelkie odbiory i ruch próbnym, potwierdzający, że wykonana instalacja realizuje zamierzone funkcji i osiąga założone parametry. Zatem wszelkie czynności z związane z wykonaniem takiego bloku, bez znaczenia czy są to wybrane prace branżowe, czy też czynności rozruchowe bądź też odbiorowe obligatoryjnie powinny być dokończone. W przypadku roboty realizowanej na rzecz Tauron z całą stanowczością stwierdzić należy, że inwestycja jeszcze nie została finalnie zrealizowana, bowiem nie przeprowadzono jeszcze ruchu próbnego bloku. W tych okolicznościach nie można wykluczyć, że już po wykonaniu poszczególnych prac branżowych, w toku ruchu próbnego nie wystąpi sytuacja, która może spowodować konieczność „powrotu” do wcześniejszego etapu prac. Tym samym nie można mówić o pełnym wykonaniu i zakończeniu prac. Nie sposób również dać wiarę twierdzeniom Odwołującego, że przy tak ważnej czynności dla zadania, jak ruch próbnym czy też odbiór końcowy, nie będzie obecny personel wskazywany przez Odwołującego w wykazie, gdyż osoby, takie jak chociażby Kierownik budowy, czy też Kierownik robót instalacyjnych są ściśle związane z wykonywaniem, określonych, niezwykle istotnych dla zdania prac. Wobec tego, w ocenie Izby, doświadczenie w uczestnictwie w ruchu próbnym również składa się na doświadczenie przy realizacji określonej inwestycji, a takiego nie posiada Kierownika projektu, Kierownika budowy, Kierownika robót instalacyjnych oraz Kierownika robót AKPiA, legitymujący się doświadczeniem zdobytym przy wykonywaniu prac na rzecz Tauron Ciepło Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach (Tauron Ciepło ZW Tychy).

W związku z powyższym Izba potwierdziła słuszność stanowiska Zamawiającego, że wykonawca nie może skutecznie odwoływać się do doświadczenia w wykonaniu prac, które

nie zostały ostatecznie zakończone, a za takie należy uznać doświadczenie zdobyte w ramach realizacji zadania na rzecz Tauron Ciepło Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach (Tauron Ciepło ZW Tychy), ponieważ na dzień składania wniosku (7 marca 2016 r.) prace nie zostały ostatecznie zakończone, gdyż nie został przeprowadzony ruch próby, stanowiący element konieczny do pełnego wykonania bloku. Tym samym Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp nie potwierdził się.

Zdaniem Izby nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego § 1 ust. 5 rozporządzenia, zgodnie z którym w razie konieczności, w szczególności gdy wykaz lub dowody przedstawione przez wykonawcę budzą wątpliwości zamawiającego lub gdy z poświadczenia albo z innego dokumentu wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu.

Na gruncie rozpoznawanego zarzutu zachowanie Zamawiającego należy uznać za wzorcowe. Po pierwsze, Zamawiający jako podmiot posiadający szeroką wiedzę w zakresie rynku wykonawstwa obiektów energetycznych o tak skomplikowanym stopniu technologicznym miał prawo powziąć wątpliwości co prawidłowości doświadczenia wykonawcy, które zawarł o w wykazie wykonanych prac. Po wtóre, na pochwałę zasługują dążenie Zamawiającego do pełnego i obiektywnego wyjaśnienia zaistniałych wątpliwości, przejawiające się w tym, że Zamawiający zwrócił się prośbą o wyjaśnienia do Tauron Ciepło Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach. Analiza pisma Zamawiającego wraz z odpowiedzią prowadzi wprost do wniosku, że Odwołujący nie wykazał w sposób prawidłowy, że spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczące doświadczenia personelu podanego w wykazie, który został przytoczony powyżej.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała zarzut naruszenia § 1 ust. 5 ww. rozporządzenia za niezasadny.

Następnie Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp i stwierdziła, że zgłoszone zarzuty są bezzasadne.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Według art. 26 ust. 4 Pzp zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp.

Treść art. 25 ust. 1 Pzp dotyczy z kolei oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

Rozpoznając powyższe zarzuty przed wszystkim wyjaśnić należy, że Zamawiający pismem z dnia 14 kwietnia 2016 roku Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia nowego wykazu osób wraz z właściwymi oświadczeniami, zgodnego z warunkiem opisanym w pkt. III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu, z którego jednoznacznie miało wynikać, iż Odwołujący dysponuje osobami o wymaganym w warunkach udziału doświadczeniu. W odpowiedzi na to wezwanie Zamawiającego pismem z dnia 28 kwietnia 2016 roku, Odwołujący złożył Zamawiającemu „zaktualizowany wykaz osób spełniających wymagania” oraz wyjaśnienia w przedmiocie uznania doświadczenia osób tamże wskazanych, za spełniające postawiony w postępowaniu warunek dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W związku z powyższym nie może ostać się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż Zamawiający wezwaniem z dnia 14 kwietnia 2016 roku wypełnił w sposób prawidłowy obowiązek, nałożony dyspozycją art. 26 ust. 3 Pzp. Zaś co do zarzutu



naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 Pzp to dokonując analizy zasadności zarzutu to nie sposób pominąć okoliczności związanych z odpowiedzią Odwołującego na wezwanie z dnia 14 kwietnia 2016 r. Izba ustaliła, że ELEKTROBUDOWA, odpowiadając na powyższe wezwanie złożyła nie tylko „zaktualizowany wykaz osób spełniających wymagania” ale także bardzo obszerne wyjaśnienia w przedmiocie uznania doświadczenia osób tamże wskazanych, za spełniające postawiony w postępowaniu warunek dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W tej sytuacji Izba stwierdziła, że kierowanie do Odwołującego wezwania z prośbą o udzielenie wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp byłoby niecelowe, gdyż takie wyjaśnienia wykonawca już złożył w piśmie z dnia 28 kwietnia 2016 r.

W związku z tym zarzuty naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 należało oddalić.

## II.

Następnie Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 96 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. W oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba uznała, że zarzuty w części potwierdziły się.

Zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, Izba przytacza przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie Zamawiającemu zarzucał Odwołujący.

Na wstępie wyjaśnić należy, że treść art. 8 ust. 1 Pzp formułuje zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia.

Wyjątek od powyższej zasady wprowadza art. 8 ust. 3 Pzp, który 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 udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 3, co oznacza, że wykonawca nie może zastrzec nazwy (firmy), adresu oraz informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofercie.

W świetle art. 11 ust. 4 ustawy u.z.n.k. przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Wobec tego aby określoną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki:

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

Zgodnie z art. 96 ust. 2 Pzp oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania, o którym mowa w art. 38 ust. 3, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu.

Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 96 ust. 3).

Izba wskazuje, że zgodnie z wyrażoną w art. 8 ust. 1 Pzp zasadą postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Wobec tego, wyjątki od tej zasady winny być ściśle uzasadnione, a wykonawcy z daleko posuniętą ostrożnością powinni decydować o zastrzeżeniu poszczególnych informacji w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Podkreślić należy, że tajemnicą przedsiębiorstwa nie mogą być objęte wszystkie informacje, jakie zostaną za takie uznane przez podmiot, który nimi dysponuje. Podmiot ten musi być przygotowany na uzasadnienie wartości tych informacji, a przede wszystkim ich wyjątkowego charakteru, jaki uzasadnia konieczność ich utajnienia już na etapie składania ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe wskazać należy, że treść przepisu art. 8 ust. 3 Pzp, w przypadku zamiaru zastrzeżenia przez wykonawcę określonych informacji zawartych w ofercie, z uwagi na zawartą w nich tajemnicę przedsiębiorstwa, nakłada na wykonawcę, już na

etapie składania oferty, obowiązek zadeklarowania jakie dokumenty i w jakim zakresie są objęte ww. tajemnicą. Podkreślić należy, że jednocześnie ze złożeniem oświadczenia wykonawca powinien wykazać, że zastrzeżone informacje, spełniają łącznie wszystkie przesłanki wymienione w przepisie art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Zatem niezbędne jest nie tylko sprecyzowanie rodzaju informacji, ale przede wszystkim wykazanie przez wykonawcę, iż posiada ona konkretną wartość gospodarczą oraz, że wykonawca podjął działania mające na celu zachowanie w poufności takiej informacji.

Rolą Zamawiającego w takim przypadku jest przeprowadzenie każdorazowo indywidualnego badania, odnoszącego się do każdego z dokumentów zastrzeżonych. Celem weryfikacji powinno być rozstrzygnięcie kwestii, czy spełnione zostały wszystkie przesłanki konieczne do uznania określonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy stwierdzić należy, że w rozpoznawanej sprawie osiłą sporu jest rozstrzygnięcie kwestii związanej tym, czy Control Process, Konsorcjum SBB oraz Konsorcjum M., w toku prowadzonego postępowania wykazali, że zastrzeżone przez nich informacje, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy u.z.n.k.? Izba stanęła na stanowisku, jedynie wykonawca Control Process w sposób prawidłowy wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Na wstępie wskazać należy, że ocenie Izby w ramach postępowania odwoławczego, podlegała prawidłowość czynności Zamawiającego, polegającej na ocenie tego, czy Control Process, Konsorcjum SBB oraz Konsorcjum M. w toku postępowania o udzielenie zamówienia wykazali Zamawiającemu, czego wymaga art. 8 ust. 3 Pzp, że zastrzeżone przez nich informacje posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym zasługują na ochronę.

W ocenie Izby ww. wykonawcy, poza Control Process, w złożonych wyjaśnieniach nie wykazali, że informacje zawarte w dokumentach zastrzeżonych spełniają wszystkie przesłanki konieczne do skutecznego zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Po pierwsze złożone wyjaśnienia mają charakter ogólnikowy i brak w nim konkretnych, precyzyjnych informacji, które uprawniałby Konsorcjum SBB oraz Konsorcjum M. do zachowania w poufności dokumentów objętych klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”. Po drugie wykonawcy nie podali jaką wymierną wartość mają dla nich ww. informacje. Ponadto do złożonych wyjaśnień wykonawcy nie załączyli jakichkolwiek dowodów, które potwierdzałyby okoliczności na które się powoływali w złożonych wyjaśnieniach.

Natomiast wykazywanie w toku prowadzonej rozprawy przed Izbą, że zastrzeżone informacje posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa należy uznać za spóźnione. Izba zwraca uwagę, że treść art. 8 ust. 3 Pzp wprost wskazuje, że wykonawca powinien wykazać, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie później niż w terminie składania ofert. Wobec tego w zakresie trafności rozpoznawanego zarzutu stanowiska Przystępujących, prezentowane w toku rozprawy, nie mogą być brane pod uwagę.

Reasumując, w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, że wykonawcy Konsorcjum SBB oraz Konsorcjum M. nie wypełnili przesłanki wynikającej z art. 8 ust. 3 Pzp i nie wykazali w odpowiednim terminie, że zastrzeżone w ich wnioskach określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym za niewłaściwą należy uznać czynność Zamawiającego, który nie ujawnił tych informacji zastrzeżonych we wnioskach wykonawców jako poufne.

Wobec tego zgłoszone zarzuty nie potwierdziły się jedynie w odniesieniu do wykonawcy Control Process.

Podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W rozpoznawanym stanie faktycznym mamy do czynienia z sytuacją, w której Izba potwierdziła skuteczne wykluczenie z postępowania Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Tym samym wykonawca ELEKTROBUDOWA został ostatecznie wyeliminowany z prowadzonego postępowania. Zatem nie jest możliwym ziszczenie się przesłanek opisanych w art. 192 ust. 2 Pzp. W związku z powyższym Izba oddaliła odwołanie z uwagi na możliwość istotnego wpływu na wynik postępowania.

**KIO 1129/16**

Izba wskazuje, że przedmiotem niniejszego odwołania był zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. od 1 do 3 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 u.z.n.k., przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia i udostępnienia) dokumentów zastrzeżonych przez: Konsorcjum M., Konsorcjum SBB, Konsorcjum Rafako, jako tajemnica przedsiębiorstwa, pomimo, że informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bądź wykonawcy w odpowiednim terminie nie wykazali zaistnienia przesłanek uprawniających do ich zastrzeżenia.

Powyższej zaprezentowane zarzuty należy uznać za zarzuty o analogicznym charakterze do tych opisanych w pkt II odwołania o sygnaturze akt KIO 1118/16. Z tym wyjątkiem, że zarzuty zostały sformułowane przez wykonawcę Control Process w odniesieniu do wykonawców: Konsorcjum SBB, Konsorcjum M., Konsorcjum Rafako. W związku z tym i ustalenia Izby są tożsame do tych opisanych w pkt II odwołania o sygnaturze akt KIO 1118/16 z zastrzeżeniem opisanym powyżej.

Dodatkowo Izba ustaliła, że Konsorcjum Rafako podobnie jako pozostali wykonawcy ubiegający się o zamówienie złożyło wraz z wnioskiem wyjaśnienia, dotyczące zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu robót. Izba dokonała ich analizy i stwierdziła, że Rafako w złożonych wyjaśnieniach nie wykazała, że informacje zawarte w dokumentach zastrzeżonych spełniają wszystkie przesłanki konieczne do skutecznego zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Podobnie jak w odniesieniu do wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum SBB i Konsorcjum M., wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Rafako mają charakter ogólnikowy i brak w nim konkretnych, precyzyjnych informacji, które uprawniałby Konsorcjum Rafako do zachowania w poufności dokumentów objętych klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”. Po drugie wykonawca nie podał jaką wymierną wartość mają dla niego ww. informacje. Ponadto do złożonych wyjaśnień Konsorcjum Rafako nie załączyło jakichkolwiek dowodów, które potwierdzałyby okoliczności na które się powoływał w złożonych wyjaśnieniach wykonawca.

Izba rozpoznała zgłoszone przez Control Process w odwołaniu zarzuty, uznając je w pełnym zakresie za zasadne.

Argumentacja Izby, która legła u podstaw takie rozstrzygnięcia jest tożsama z argumentacją opisaną w pkt II odwołania o sygnaturze akt KIO 1118/ 16. Z tym zastrzeżeniem, że dotyczy innych podmiotów, tj. Konsorcjum M., Konsorcjum SBB, Konsorcjum Rafako. W związku z Izba uznała za niecelowe jej powielanie.

Jedynie dodatkowo Izba wskazuje, że Zamawiający swoim postępowaniem naruszył również art. 7 ust. 1 Pzp, który stanowi, że Zamawiający przygotowuje i prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W tym przypadku nierówne potraktowanie wykonawców przejawia się w tym, że Zamawiający w ten sam sposób potraktował wykonawców, zarówno tych którzy w sposób prawidłowy i właściwy wykazali zaistnienie przesłanek uprawniających do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa określonych dokumentów, jak i tych, którzy nie dołożyli wszelkich starań, aby wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. od 1 do 3 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odmiennie niż w przypadku sprawy o sygn. akt KIO 1118/16 Izba stwierdziła, że ww. naruszenia przepisów ustawy mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zatem Izba na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu: unieważnienie czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a następnie ujawnienie wykazów robót wykonawców: Konsorcjum M. Konsorcjum SBB Konsorcjum Rafako.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 2 lit. b) i § 5 ust. 2 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).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....