

**WYROK**  
**z dnia 18 stycznia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ernest Klauziński**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 stycznia 2018 r. przez Odwołującego: IDS-BUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, przy udziale:

1. wykonawcy POLAQUA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wólce Kozodawskiej zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: IDS-BUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego: IDS-BUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) 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**

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia roboty budowlane pod nazwą: „Zadanie V.2.I. Uzupelnienie systemu monitoringu natężenia przepływu i ciśnienia wody w sieci wodociągowej - budowa punktów pomiarowych”, (numer postępowania 01202/WS/PW/PRO-JRP-T2/B/2017), zwane dalej: „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 7 września 2017 r. pod nr 2017/S 171-351098.

W dniu 8 stycznia 2018 r. wykonawca IDS-BUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie, w którym zaskarżył wybór jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez POLAQUA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wólce Kozodawskiej (dalej: Przystępujący) mimo, że wykonawca ten, w ocenie Odwołującego, nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zaskarżonym działaniom i zaniechaniom Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mimo, że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził on Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji mających potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
2. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mimo, że w wyniku

lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego i mogące mieć wpływ na podejmowane przez niego decyzje,

a w przypadku niepotwierdzenia się powyższych zarzutów naruszenie:

3. art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, tj. dokumentów potwierdzających, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, określone w punkcie 5.1.1.2 Instrukcji dla Wykonawców zawartej w cz. I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ),
4. art. 91 ust. 1 Pzp przez błędną ocenę w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego i w konsekwencji wybór jego oferty jako najkorzystniejszej,
5. art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zwanej dalej Uznk, Dz.U. 1993 nr 47 poz. 211 ze zm.) przez uznanie, że wykaz osób zawarty w ofercie Przystępującego stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 Uznk i zaniechanie odtajnienia tych informacji,
6. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego,
2. wykluczenia Przystępującego z postępowania,
3. dokonania ponownego badania i oceny ofert,

ewentualnie:

4. wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że Przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określony w punkcie 5.1.1.2 Instrukcji dla Wykonawców,
5. udostępnienia Odwołującemu do wglądu wykazu osób załączonego do oferty Przystępującego.

Zamawiający w punkcie 5.1.1.2 SIWZ postawił następujące warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali co najmniej:

- a) 1 robotę budowlaną (umowę) polegającą na budowie lub przebudowie sieci wodociągowej o wartości równej lub większej od wartości stanowiącej równowartość 5.000.000,00 zł (słownie: pięć milionów złotych i 00/100) bez podatku VAT,

oraz

- b) 1 robotę budowlaną (umowę) polegającą na zaprojektowaniu i budowie co najmniej 10 punktów pomiarowych natężenia przepływu i ciśnienia w sieci wodociągowej na istniejącym przewodzie wodociągowym o średnicy co najmniej DN200,

lub

- c) 1 usługę (umowę) polegającą na zaprojektowaniu co najmniej 10 punktów pomiarowych natężenia przepływu i ciśnienia w sieci wodociągowej na istniejącym przewodzie wodociągowym o średnicy co najmniej DN200 i co najmniej 1 robotę budowlaną (umowę) polegającą na budowie co najmniej 10 punktów pomiarowych natężenia przepływu i ciśnienia w sieci wodociągowej na istniejącym przewodzie wodociągowym o średnicy co najmniej DN200.

UWAGA: Zamawiający uzna za wykazanie spełniania przez Wykonawcę warunku, o którym mowa w pkt 5.1.1.2, jeżeli Wykonawca wykaże, iż we wskazanym okresie wykonał roboty określone łącznie w lit a) i b) lub roboty i usługi określone łącznie w lit a) i c).”

W celu potwierdzenia spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu, Przystępujący wskazał następujące roboty budowlane/usługi:

1. Budowa: Modyfikacja nr 1 projektu „Nowe zbiorniki Agostado w Sanlucar de Barramera (Cadiz) zrealizowana przez Dragados S.A. na rzecz rządu Regionu Andaluzji - Ministerstwa Środowiska i Zagospodarowania Przestrzennego Generalnego Sekretariatu Zintegrowanego Zarządu Środowiska i Gospodarki Wodnej - na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w pkt 5.1.1.2 lit a).
2. Uzupelnienie systemu monitoringu natężenia przepływu i ciśnienia wody w sieci wodociągowej do MPWIK w m.st. Warszawie S.A. na terenie m.st. Warszawy, Pruszkowa, Michałowic, Piastowa, realizowanego w dwóch etapach: Etap I - opracowanie koncepcji wykonania punktów pomiarowych natężenia przepływu

i ciśnienia wody w sieci wodociągowej, Etap II - wykonanie projektów budowlano-wykonawczych dla 33 punktów pomiarowych i ich uzgodnienie, zrealizowane przez Sweco Consulting Sp. z o.o. na rzecz MPWiK S.A. w Warszawie - na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w pkt 5.1.1.2 lit c).

3. Budowa punktów pomiarowych natężenia przepływu i ciśnienia w sieci wodociągowej na istniejących przewodach wodociągowych, realizowana przez ZAP SOFT A. Z. na rzecz Miejskich Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. Kędzierzyn-Koźle - na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w pkt 5.1.1.2 lit c).

Przystępujący wraz z ofertą przedłożył następujące zobowiązania do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia:

1. Zobowiązanie ZAP SOFT A. Z. do udostępnienia potencjału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt 5.1.1.2 lit c) SIWZ.

W lit d) zobowiązania udostępniający wskazał następujący zakres udziału przy wykonaniu zamówienia: wykonanie prac projektowych związanych z przedmiotem zamówienia.

2. Zobowiązanie Sweco Consulting Sp. z o.o. do udostępnienia potencjału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt 5.1.1.2 lit c) SIWZ.

W lit d) zobowiązania udostępniający wskazał następujący zakres udziału przy wykonaniu zamówienia: wykonanie prac projektowych związanych z przedmiotem zamówienia.

3. Zobowiązanie Dragados S.A. do udostępnienia potencjału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt 5.1.1.2 lit a) SIWZ.

W lit d) zobowiązania udostępniający wskazał następujący zakres udziału przy wykonaniu zamówienia: wykonanie robót związanych z przedmiotem zamówienia.

W ocenie Odwołującego Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.1.1.2 lit c) SIWZ. Przystępujący oraz podwykonawcy - ZAP SOFT A. Z. i Sweco Consulting Sp. z o.o. nie posiadają samodzielnego doświadczenia w wykonaniu jednej usługi (umowy) polegającej na zaprojektowaniu co najmniej 10 punktów pomiarowych natężenia przepływu i ciśnienia w sieci wodociągowej na istniejącym przewodzie wodociągowym o średnicy co najmniej DN200 i co najmniej jednej

roboty budowlanej (umowy) polegającej na budowie co najmniej 10 punktów pomiarowych natężenia przepływu i ciśnienia w sieci wodociągowej na istniejącym przewodzie wodociągowym o średnicy co najmniej DN200, a tak był postawiony warunek udziału w postępowaniu.

Zdaniem Odwołujący kluczowe są zmiany, które Zamawiający wprowadził w brzmieniu warunku określonego w punkcie 5.1.1.2 SIWZ. Początkowo wymagał on, by Wykonawcy wykazali się doświadczeniem w wykonaniu co najmniej:

- a) 1 roboty budowlanej (umowy) polegającej na budowie lub przebudowie sieci wodociągowej o wartości równej lub większej od wartości stanowiącej równowartość 5.000.000,00 zł (słownie: pięć milionów złotych i 00/100) bez podatku VAT, oraz
- b) 1 roboty budowlanej (umowy) polegającej na zaprojektowaniu i budowie co najmniej 10 punktów pomiarowych natężenia przepływu i ciśnienia w sieci wodociągowej na istniejącym przewodzie wodociągowym o średnicy co najmniej DN200.

W trakcie postępowania przetargowego jeden z podmiotów zainteresowanych złożeniem oferty zadał następujące pytanie:

„Czy Zamawiający dopuści jako spełniające warunki udziału w postępowaniu zdolności technicznej i zawodowej wykonanie:

- a) robotę budowlaną (umowę) polegającą na budowie lub przebudowie sieci wodociągowej o wartości równej lub większej od wartości stanowiącej równowartość 5.000.000,00 zł (słownie: pięć milionów złotych i 00/100) bez podatku VAT,
- b) 1 usługę (umowę) polegającą na zaprojektowaniu co najmniej 10 punktów pomiarowych natężenia przepływu i ciśnienia w sieci wodociągowej na istniejącym przewodzie wodociągowym o średnicy co najmniej DN200,
- c) 1 robotę budowlaną (umowę) polegającą na budowie co najmniej 10 punktów pomiarowych natężenia przepływu i ciśnienia w sieci wodociągowej na istniejącym przewodzie wodociągowym o średnicy co najmniej DN200."

W odpowiedzi Zamawiający zmodyfikował warunek udziału w postępowaniu przez nadanie mu następującego brzmienia:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali co najmniej:

- a) 1 robotę budowlaną (umowę) polegającą na budowie lub przebudowie sieci

wodociągowej o wartości równej lub większej od wartości stanowiącej równowartość 5.000.000,00 zł (słownie: pięć milionów złotych i 00/100) bez podatku VAT oraz

- b) 1 robotę budowlaną (umowę) polegającą na zaprojektowaniu i budowie co najmniej 10 punktów pomiarowych natężenia przepływu i ciśnienia w sieci wodociągowej na istniejącym przewodzie wodociągowym o średnicy co najmniej DN200,

lub

- c) 1 usługę (umowę) polegającą na zaprojektowaniu co najmniej 10 punktów pomiarowych natężenia przepływu i ciśnienia w sieci wodociągowej na istniejącym przewodzie wodociągowym o średnicy co najmniej DN200 i co najmniej 1 robotę budowlaną (umowę) polegającą na budowie co najmniej 10 punktów pomiarowych natężenia przepływu i ciśnienia w sieci wodociągowej na istniejącym przewodzie wodociągowym o średnicy co najmniej DN200.

UWAGA: Zamawiający uzna za wykazanie spełniania przez Wykonawcę warunku, o którym mowa w pkt 5.1.1.2, jeżeli Wykonawca wykaże, iż we wskazanym okresie wykonał roboty określone łącznie w lit a) i b) lub roboty i usługi określone łącznie w lit a) i c)".

W ocenie Odwołującego oczywistą intencją wykonawcy, który zadał pytanie było dopuszczenie możliwości legitymowania się doświadczeniem trzech różnych podmiotów, spełniających oddzielnie warunki określone w lit. a) - c). Zamawiający na takie rozwiązanie nie wyraził zgody. Nie zmodyfikował bowiem warunku zgodnie z żądaniem wskazanym w pytaniu. Zdaniem Odwołującego działania Zamawiającego wskazują, że oczekiwał on realizacji zamówienia przez podmiot, który nie musi posiadać doświadczenia w zaprojektowaniu i wybudowaniu 10 punktów pomiarowych natężenia przepływu i ciśnienia w sieci wodociągowej na istniejącym przewodzie wodociągowym o średnicy co najmniej DN200 nabytego w ramach jednej umowy, jednak takie doświadczenie zarówno w projektowaniu jak i wybudowaniu w/w punktów pomiarowych musi posiadać samodzielnie. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie dopuścił rozdzielenia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia w zaprojektowaniu i wybudowaniu punktów pomiarowych, a jedynie złagodził go tak, by wykonawcy mogli wykazać spełnienie go przez posiadanie doświadczenia nabytego w ramach dwóch oddzielnych umów - jednej na zaprojektowanie, a drugiej na roboty budowlane. Natomiast czynności Przystępującego zmierzają do tego, aby wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.1.1.2 SIWZ, przez zsumowanie doświadczenia: Dragados S.A. w zakresie lit a) oraz ZAP SOFT A. Z. w zakresie lit c) w części dotyczącej roboty budowlanej oraz Sweco Consulting Sp. z o.o. w zakresie lit c) w części dotyczącej projektowania. Działanie takie jest niczym



nieuzasadnione i winno być uznawane jako wprowadzenie Zamawiającego w błąd, stanowiące przesłankę do wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 bądź 17. Przez przedstawienie nieprawdziwych informacji (informacji wprowadzających w błąd) należy rozumieć m.in. złożenie przez wykonawcę własnego oświadczenia wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego), którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy. Do przyjęcia, że zamawiający został wprowadzony w błąd wystarczające jest, że sama treść przedstawionych informacji, bez ich szczególnego badania i weryfikacji, prowadziła go do wniosku, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony. Okres przeznaczony na opracowanie oferty, czyli okres od opublikowania lub zamieszczenia ogłoszenia o postępowaniu do upływu terminu składania ofert powinien być, zdaniem Odwołującego, wykorzystany przez wykonawcę nie tylko do sporządzenia i złożenia oferty, ale także na sprawdzeniu czy podane w ofercie informacje odpowiadają prawdzie i nie będą mogły wprowadzić zamawiającego w błąd w zakresie mogącym mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Staranność (ostrożność), jakiej oczekuje się od profesjonalisty, jakim jest wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia obejmuje weryfikację informacji przedstawianych zamawiającemu, a pochodzących od podmiotów trzecich. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty, oświadczenia, aby deklarowany w nich stan odpowiadał rzeczywistości.

Odwołujący wskazał również, że ze zobowiązania ZAP SOFT A. Z. oraz Sweco Consulting Sp. z o.o. wynika, że zakres udziału przy wykonaniu zamówienia obejmuje wykonanie prac projektowych związanych z przedmiotem zamówienia. ZAP SOFT A. Z. nie zobowiązał się do wykonania żadnych robót budowlanych związanych z przedmiotem zamówienia, a w celu realnego skorzystania z doświadczenia tego podmiotu w zakresie wykonania robót polegających na wybudowaniu punktów pomiarowych, w ramach przedmiotowego zamówienia publicznego, podmiot ten winien wykonać właśnie takie roboty.

Natomiast zobowiązanie Dragados S.A. budzi wątpliwości, co do możliwości potwierdzenia realnego skorzystania przez Przystępującego z zasobów udostępnionych przez ten podmiot. Zakres udziału przy wykonaniu zamówienia został wskazany jedynie lakonicznie jako „wykonanie robót związanych z przedmiotem zamówienia”. Zdaniem Odwołującego żaden dokument nie pozwala na określenie, jakiego rodzaju będą to roboty i czy są one wystarczające do realnego skorzystania przez Przystępującego z zasobów udostępnianych mu przez Dragados S.A. W punkcie 7 formularza oferty Przystępujący następująco określił część zamówienia, którą zamierza powierzyć Dragados S.A.: „inne”.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący podniósł, że Zamawiający powinien wyjaśnić powyższe nieścisłości i rozbieżności w dokumentach przedłożonych przez Przystępującego oraz wezwać tego Wykonawcę stosownie do uzupełnień, gdyż z samych oświadczeń składanych przez podmioty udostępniające zasoby nie sposób wywieść, że Przystępujący wykazał spełnianie warunku udziału określonego w punkcie 5.1.1.2 SIWZ.

Przedkładając wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, Przystępujący zastrzegł, że informacje znajdujące się w tym załączniku niewątpliwie spełniają wszystkie przesłanki „tajemnicy przedsiębiorstwa” w rozumieniu art. 11 ust. 4 Uznk. Odwołujący nie zgodził się z tym stanowiskiem i wskazał, że aby wykazać się spełnieniem przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa nie wystarczy samo ogólne odniesienie się do możliwości takiego zastrzeżenia, należy odnieść się do konkretnego stanu faktycznego, konkretnej sytuacji w której znajduje się wykonawca wykazując każdą z przesłanek zasadności takiego zastrzeżenia. Wykonawcy winni wykazać zamawiającemu dlaczego w ramach konkretnego postępowania przetargowego ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić wykonawcy szkodę i w czym upatrują oni szkody. Wykonawca winien wykazać istnienie związku przyczynowo-skutkowego między ujawnieniem informacji, a ewentualną szkodą, a możliwość poniesienia szkody musi być co najmniej uprawdopodobniona. Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać, że podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji.

Zasada jawności postępowania jest jedną z fundamentalnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia. Przepisy ustawy dopuszczają możliwość zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale równocześnie też nakładają na wykonawcę obowiązek wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z tego względu Odwołujący podkreślił, że wykonawca chcąc skorzystać z uprawnienia, jakie przyznaje mu ustawa w tym względzie powinien zachować należytą staranność. Ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Brak wyjaśnień wykonawcy lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia. To nie zamawiający ma poszukiwać uzasadnienia dla zastrzeżenia przez wykonawcę poufności określonych informacji, nawet w trybie wyjaśnień udzielonych

przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego. Kluczowe jest więc dla rozstrzygnięcia, czy określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa uzasadnienie, a więc wykazanie przez wykonawcę, że tak w istocie jest. Konsekwencją braku realizacji przedmiotowego obowiązku albo niewykazania powołanej okoliczności jest obowiązek odtajnienia zastrzeżonych informacji. Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. 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. Mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, ale nie jest to prawidłowa podstawa do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący podkreślił, że brak jest uzasadnienia dla zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji, które ukrywane są tylko przed innymi wykonawcami w postępowaniu, a staną się jawne po podpisaniu umowy z zamawiającym. Tajemnica przedsiębiorstwa jest wartością, która chroniona jest przez przedsiębiorcę przez cały czas, a nie tylko na etapie od dnia złożenia oferty do dnia podpisania umowy. Z tego względu uznał, że zastrzeżenie dokonane przez Przystępującego było nieprawidłowe i powinno zostać zniesione.

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

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Izba nie znalazła żadnych argumentów potwierdzających zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Zamawiający ocenił przedstawione przez Przystępującego dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, uznał je za jasne i nie budzące wątpliwości. Uznał wobec tego, że Przystępujący nie podlega wykluczeniu. W toku rozprawy Odwołujący nie wykazał, że w którymkolwiek momencie Przystępujący wskutek zamierzonego działania, rażącego niedbalstwa, lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd, co do powyższych okoliczności. W ocenie Izby nie doszło nawet do próby tego rodzaju działania ze strony Przystępującego. Przystępujący załączył do oferty dokumenty potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu, w ocenie Izby nic nie przemawia za twierdzeniem, że nie działał on w dobrej wierze, a przedstawione informacje nie były prawdziwe.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 zd. pierwsze Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowiedzenie wprowadzenia bądź usiłowania wprowadzenia Zamawiającego w błąd spoczywało zatem na Odwołującym. Podniósł on szereg argumentów świadczących przeciwko prawidłowemu wykazaniu przez Przystępującego spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, ale niezależnie od kwestii ich trafności, żaden nie odnosił się do działań wykonawcy określonych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że Przystępujący wprowadził lub usiłował wprowadzić Zamawiającego w błąd. Odwołujący nie wykazał też, która z przedstawionych przez Przystępującego w związku z oceną jego oferty przez Zamawiającego informacji była nieprawdziwa. Podstawą dla ewentualnego uznania, że Zamawiający został lub mógł zostać wprowadzony w błąd jest przedstawienie mu nieprawdziwych informacji. Bez wykazania, że informacja mające potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu takimi były dowodzenie wprowadzenia Zamawiającego w błąd jest niecelowe. Wprowadzenie kogoś w błąd za pomocą prawdziwych, niezmanipulowanych, niezafałszowanych informacji jest mało prawdopodobne, jeśli nie niemożliwe.

Argumentacja Odwołującego – zarówno w treści odwołania jak i w toku rozprawy zmierzała do wykazania, że Przystępujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie zaś do wykazania posłużenia się przez Przystępującego nieprawdziwymi informacjami, w sposób które mogłyby wprowadzić zamawiającego w błąd, a przez to wpłynąć na wynik postępowania. W tej sytuacji Izba nie mogła potwierdzić zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust.1 pkt 16 i 17 Pzp i oddaliła odwołanie w tej części.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp Izba nie uwzględniła argumentacji Odwołującego zmierzającej do wykazania niespełnienia przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu. Istotą sporu między Zamawiającym i Przystępującym z jednej strony, a Odwołującym z drugiej, był sposób interpretacji zawartego w punkcie 5.1.1.2 lit. c SIWZ sposobu wykazania spełniania warunku wiedzy. Warunek oceniany był według kryteriów po zmianie z września 2017 r. (pismo PZP.DPS.280.01202.2017.4557.AK z września 2017r., bez wskazania daty dziennej) i brzmiał:

„Wykonawcy, którzy nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy — w tym okresie wykonali co najmniej:

- a. 1 robotę budowlaną (umowę) polegającą na budowie lub przebudowie sieci wodociągowej o wartości równej lub większej od wartości stanowiącej równowartość 5.000.000,00 zł (słownie: pięć milionów złotych i 00/100) bez podatku VAT, oraz
- b. 1 robotę budowlaną (umowę) polegającą na zaprojektowaniu i budowie co najmniej 10 punktów pomiarowych natężenia przepływu i ciśnienia w sieci wodociągowej na istniejącym przewodzie wodociągowym o średnicy co najmniej DN 200, lub
- c. 1 usługę (umowę) polegającą na zaprojektowaniu co najmniej 10 punktów pomiarowych natężenia przepływu i ciśnienia w sieci wodociągowej na istniejącym przewodzie wodociągowym o średnicy co najmniej DN 200 i co najmniej 1 robotę budowlaną (umowę) polegającą na budowie co najmniej 10 punktów pomiarowych natężenia przepływu i ciśnienia w sieci wodociągowej na istniejącym przewodzie wodociągowym o średnicy co najmniej DN 200.

UWAGA: Zamawiający uzna za wykazanie spełniania przez Wykonawcę warunku, o którym mowa w pkt 5.1.1.2 jeżeli Wykonawca wykaże, iż we wskazanym okresie wykonał roboty określone łącznie w lit a) i b) lub roboty i usługi określone łącznie w lit a) i c).”

Odwołujący w odwołaniu, jak i w toku rozprawy argumentował, że z lit. c przytoczonego wyżej punktu wynika, że obie umowy – tj. umowę na projekt budowlany oraz umowę na wykonanie robót budowlanych podpisać i zrealizować miał jeden podmiot. Przystępujący wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu w powyższym zakresie przedstawił umowy zrealizowane na rzecz zamawiających przez dwa różne podmioty (ZAP SOFT A. Z. i Dragados S.A.) i z tego względu w ocenie Odwołującego powinien być wykluczony z postępowania.

Izba nie przychyliła się do stanowiska Odwołującego. Biorąc pod uwagę całokształt dokumentacji z postępowania oraz fakt, że Zamawiający w żadnej części SIWZ nie poczynił

odpowiedniego zastrzeżenia, nie ma podstaw by uznać tak zawężającą interpretację przedmiotowego warunku za prawidłową.

Treść punktu 5.1.1.2 lit. c SIWZ, ze względu na swoją konstrukcję gramatyczną może budzić poważne wątpliwości interpretacyjne. Izba wzięła jednak pod uwagę, że w punkcie 5.1.1.2 b SIWZ mowa jest o jednej umowie obejmującej swym zakresem prace projektowe i roboty budowlane łącznie – regulacja jest jasna i precyzyjna. Umowa miała obejmować wykonanie prac projektowych oraz robót budowlanych stanowiących realizację projektu budowlanego w ramach jednej inwestycji. Co za tym idzie niezależnie od faktycznego wykonania – osobiście lub przez podwykonawców – umowa musiała być zawarta przez jeden podmiot.

Skoro w punkcie 5.1.1.2 c SIWZ Zamawiający dopuścił wykazanie się doświadczeniem w realizacji prac projektowych za pomocą jednej umowy oraz co najmniej jednej roboty budowlanej (druga, odrębna umowa), bez zastrzeżenia, że umowa na roboty budowlane musi być realizacją wskazanej wcześniej umowy na wykonanie prac projektowych, to nie ma podstawy do założenia, że obie te umowy stanowić miały realizację jednej inwestycji, zwłaszcza w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Tylko takie zaś założenie pozwalałoby na nie budzące wątpliwości wyinterpretowanie stwierdzenia zgodnego ze stanowiskiem Odwołującego. Wywiedzenie, że warunki postawione przez Zamawiającego w punkcie 5.1.1.2 b i c dotyczą realizacji jednego zadania inwestycyjnego, dawałyby logiczną podstawę do stwierdzenia, że lit. b i c warunku dotyczą wykonania zadania przez jednego wykonawcę, a różnice dopuszczone przez Zamawiającego w sposobie wykazania spełnienia warunku dotyczą tylko ilości zawartych umów przez legitymującego się nimi wykonawcę. W ocenie Izby interpretacja taka jest nieuprawniona. Prowadziłaby do silnego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców w stosunku do uzasadnionych przedmiotem zamówienia potrzeb Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, zdaniem Izby bez wprost wyrażonego w SIWZ zastrzeżenia nie można założyć, że obiema umowami musi się legitymować jeden wykonawca. Ponadto w punkcie 5.1.1.2 c) SIWZ mowa jest o „co najmniej jednej” robocie budowlanej. Wykonawca może zatem wykazać się realizacją ich większej ilości – jedna to niezbędne minimum, co dodatkowo potwierdza tezę o braku powiązania między umową na prace projektowe i umową na roboty budowlane wskazując, że właściwą jest szeroka interpretacja spornego warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp przez Zamawiającego był nietrafny i również nie zasługiwał na uwzględnienie. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, twierdzącego, że w kwestionowanym przez Odwołującego zakresie dokumenty jakie przedstawił Przystępujący były jasne i nie wymagające uzupełnienia. Przystępujący

w zrozumiały sposób wykazał w jaki sposób podmiotu na których potencjale polega udostępnić mu ten potencjał. Załączone do oferty przedstawiały zakres prac jakie zostaną powierzone tym podmiotom oraz sposób powierzenia – tj. umowy o podwykonawstwo. Zamierzenie wykonawcy w tej mierze potwierdzają złożone przez niego formularze Jednolitych Europejskich Dokumentów Zamówienia. W ocenie Izby Odwołujący nie sprostął obowiązkowi udowodnienia stawianych Zamawiającemu zarzutów.

W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Izba oddaliła odwołanie ze względu na treść art. 192 ust. 2 Pzp stanowiącego, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Biorąc pod uwagę rozstrzygnięcie w zakresie pozostałych zarzutów, nakazanie odtajnienia zastrzeżonej przez Przystępującego części oferty nie zmieniałoby niczego w sytuacji Odwołującego w postępowaniu. Izba wzięła pod uwagę fakt, któremu Odwołujący w toku rozprawy nie zaprzeczył, że z tytułu informacji ujętych w zastrzeżonym wykazie osób Przystępujący nie uzyskał żadnych dodatkowych punktów w toku oceny oferty. Izba zwraca jednak uwagę, że wyjaśnienie dotyczące zastrzeżenia tajemnicy przedstawione Zamawiającemu w toku postępowania miało charakter w znacznej mierze ogólnikowy, nie spełniało zatem wymogów pozwalających na dopuszczenie odstępstwa od zasady jawności postępowania, czyli jednej z podstawowych zasad zamówień publicznych. Możliwość zastrzeżenia niektórych, załączonych do oferty informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jako wyjątek od tej zasady musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób. Wszelkie odstępstwa od zasady jawności muszą być uzasadnione i udowodnione. W przypadku zastrzeżonej części oferty Przystępującego, niezależnie od wartości utajnionych informacji uzasadnienie zastrzeżenia było zbyt lakoniczne. Nie powinno być zatem oparciem dla Zamawiającego przy podjęciu decyzji o odmowie odtajnienia zastrzeżonej części oferty Przystępującego.

Izba w swoich wyrokach wielokrotnie wskazywała, że dla skutecznego, tj. niepodlegającego uchynieniu zastrzeżenia określonej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa zastrzegający podmiot musi wykazać, że:

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.

W ocenie Izby Przystępujący nie sprostął powyższemu obowiązkowi. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy tylko pozornie wypełnia wskazane wyżej warunki. W praktyce rozszerzony opis przesłanek ustawowych, które wykonawca zobowiązany był wypełnić, nie wskazując jednocześnie w jaki sposób Przystępujący faktycznie to zrobił.

Dodatkowe dokumenty mające potwierdzać zasadność zastrzeżenia zostały złożone dopiero na etapie rozprawy, co nie może zostać uznane za działanie prawidłowe. To zamawiający ma mieć komplet informacji pozwalających mu uznać zastrzeżenie za skuteczne i uzasadniające dokonanie odstąpienia od zasady jawności postępowania. Izba oceniała działanie Zamawiającego ex post, w oparciu o materiały którymi dysponował w momencie podejmowania decyzji o nieodtajnieniu części oferty Przystępującego. Przedstawienie Izbie dokumentów, do których Zamawiający nie miał dostępu na etapie powyższej decyzji jest spóźnione, w żaden sposób nie może potwierdzić zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsięwzięcia przez Przystępującego.

Izba zwraca ponadto uwagę, że informacje zawarte w objętym tajemnicą przedsięwzięcia wykazie dotyczą projektantów, kierowników robót i kierowników budów, osób które brały udział w realizacjach zamówień publicznych. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Przystępującego, że informacje te są skutecznie chronione przed ujawnieniem. Chociażby ze względu na przepisy prawa budowlanego (jawność nazwisk autorów projektów budowlanych, wpisywanie do Dzienników Budowy nazwisk kierowników robót, ujawnianie na tablicach informacyjnych nazwisk kierowników budowy) nie byłoby możliwe realne zachowanie takich danych w tajemnicy. Podstawa dysponowania pracownikami również nie może zostać uznana za dane skutecznie chronione przed wyjawieniem ze względu na fakt, że osoby zatrudnione przez Przystępującego na podstawie umów o pracę ujawnione są np. w rejestrach ZUS, do których dostęp mają m. in. organy kontrolne, na których działanie Przystępujący nie ma wpływu. Z tego względu Przystępujący z przyczyn od siebie niezależnych nie jest w stanie w pełni skutecznie zachować zastrzeżonych w ofercie informacji w tajemnicy. Niemożliwym jest zatem spełnienie warunku, że zastrzeżone informacje nie mogą być one ujawnione do wiadomości publicznej.

Odnosząc się do podniesionego przez Przystępującego w toku rozprawy argumentu, że ujawnienie wykazu doświadczonych pracowników naraziłoby go na ich „podkupienie” przez konkurencję, a tym samym doprowadziłoby do wymiernych strat oraz trudności ze zrealizowaniem zawartych kontraktów, Izba za prawidłowe uznała stanowisko Odwołującego. W interesie Przystępującego jest zabezpieczenie się przed utratą kluczowych pracowników – choćby przez stworzenie im na tyle atrakcyjnych warunków pracy, by nie byli skłonni przejść do konkurencyjnych firm.



Mimo potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 11 ust. 4 Uznk Izba oddaliła odwołanie w tym zakresie, ze względu na fakt, że Odwołujący nie uzasadnił w jaki sposób zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego ujemnie wpłynęło na jego sytuację w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Z tego względu, w oparciu o wskazany wyżej art. 192 ust. 2 Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

Biorąc pod uwagę całokształt ocenionych w toku rozpoznania sprawy działań Zamawiającego Izba nie dopatrzyła się podstaw do uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp. Odwołujący nie przedstawił żadnych argumentów na potwierdzenie tego zarzutu, nie odnosząc się do niego w uzasadnieniu odwołania ani w toku rozprawy. W tej sytuacji odwołanie w tym zakresie musiało zostać oddalone.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 wraz ze zm.).

**Przewodniczący:.....**