Sygn. akt: KIO 1785/17

WYROK
z dnia 13 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel
Daniel Konicz
Piotr Kozłowski

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w W. w dniu 7 września 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2017 r. przez wykonawcę **A.P. s.r.o. z siedzibą w P.** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **P.P.L.K. S.A. z siedzibą w W.,**
przy udziale:

A. wykonawcy **B.T.Z.P. Sp. z o.o. z siedzibą w K.,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;
B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: **T.P. Sp. z o.o. z siedzibą w W., T.A. GmbH z siedzibą w W.** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

---

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **A.P. s.r.o. z siedzibą w P.** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **A.P. s.r.o. z siedzibą w P.** tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od wykonawcy **A.P. s.r.o. z siedzibą w P.** na rzecz zamawiającego - **P.P.L.K. S.A. z siedzibą w W.** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Warszawa Warszawa - Praga.**

Przewodniczący:
……..…

……..…
……..…

Sygn. akt: KIO 1785/17

UZASADNIENIE

P.P.L.K. S.A. z siedzibą w W. (dalej: „Zamawiający”), na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (…) - zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, pt. „Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii (...) odcinek P. - R."

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

Ogłoszenie o zamówieniu nr (…) zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 grudnia 2016 r. oraz zostało umieszczone na stronie internetowej Zamawiającego: (…).

W dniu 18 sierpnia 2017 r. wykonawca A.P. s.r.o. z siedzibą w P. (dalej: „Odwołujący" lub „A.") został powiadomiony, w formie elektronicznej przez Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą została uznana oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: T.P. Sp. z o.o. z siedzibą w W., T.A. GmbH z siedzibą w W. (dalej: „Przystępujący" lub „T."). W tym samym piśmie Zamawiający poinformował wykonawcę A. o ilości przyznanych punktów.

W dniu 28 sierpnia 2017 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

1. czynności Zamawiającego, polegającej na ocenie oferty Odwołującego, zaniechania czynności przyznania Odwołującemu maksymalnej liczby punktów tj. 20 punktów w kryterium c) Doświadczenie personelu Wykonawcy (dalej: „DPW") oraz zaniechania podania powodów nieprzyznania Odwołującemu maksymalnej liczby punktów w kryterium DPW i uzasadnienia przyznania punktacji w tym kryterium pozostałym wykonawcom oraz w konsekwencji zaniechania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej;
2. zaniechania uwzględnienia przy ocenie oferty Odwołującego Wykazu personelu na potrzeby kryterium oceny ofert - Załącznika nr 12 do IDW złożonego przez 4

Odwołującego wraz z ofertą w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego pn. „Zabudowa Systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na Unii (...) K. - T. (z wyłączeniem węzła W.)" (dalej: Postępowanie nr 2"), oraz zaniechania czynności wezwania Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy do wyjaśnienia wszystkich elementów doświadczenia osoby, wskazanej przez Odwołującego na stanowisko Kierownika Robót w zakresie urządzeń przytorowych ETCS (dalej: „Kierownik Robót");

3. czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze oferty wykonawcy T., jako najkorzystniejszej, pomimo tego, że oferta wykonawcy T. nie jest najkorzystniejsza i dodatkowo podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.- dalej "UZNK") a wykonawca T. podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 23 Pzp, z uwagi niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz z uwagi na przynależność do grupy kapitałowej w rozumieniu art. 24 ust. 11 Pzp;
4. zaniechania czynności Zamawiającego, polegającej na uznaniu zastrzeżenia, dokonanego przez wykonawcę T. w zakresie zastrzeżonych w ofercie tego wykonawcy dokumentów oraz dokumentów, złożonych przez wykonawcę T. w wykonaniu wezwania Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp (pismo z dnia 16 czerwca 2017 r.), a także w wyjaśnieniach T., a w szczególności:
   a) Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia - Załącznik nr 9 do IDW (dalej: „Wykaz Osób"); oraz
   b) Wykazu personelu na potrzeby kryterium oceny ofert - Załącznik nr 11 do IDW (dalej: „Wykaz Personelu");
   c) Wszelkich dokumentów podwykonawców wykonawcy T.
   - jako zastrzeżenia bezskutecznego, niespełniającego wymogów określonych art. 11 ust. 4 UZNK oraz zaniechania odtajnienia tej części dokumentacji postępowania i udostępnienia jej Odwołującemu;
5. czynności wezwania wykonawcy T. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp pismem z dnia 26 maja 2017 r. do uzupełnienia JEDZ w zakresie wskazania części zamówienia, którą T.A. GmbH zamierza powierzyć podwykonawcom oraz uwzględnienia uzupełnienia wykonawcy T. z dnia 31 maja 2017 r. i w konsekwencji dokonania niedopuszczalnej zmiany oferty wykonawcy T. z naruszeniem art. 87 ust. 1 Pzp;
6. zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy T. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 3 UZNK, z uwagi na to, że:

---

a) jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „specyfikacja" lub „SIWZ"); oraz
b) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK;

7. zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy T. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp z uwagi na przynależność do grupy kapitałowej w rozumieniu art. 24 ust. 11 Pzp;
8. zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy T. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp pomimo tego, że wykonawca T. nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w sekcji 8.2.2. IDW i 8.6.3 lit. a) IDW.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 7 ust. 1 i 3 oraz 91 ust. 1 i 2d oraz art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z sekcją 20.7 pkt 3) SIWZ - Instrukcja dla Wykonawców (dalej: „IDW") i art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp, przez ich niezastosowanie i w konsekwencji dokonanie nieprawidłowej ocenie oferty Odwołującego, zaniechania czynności przyznania Odwołującemu maksymalnej liczby punktów tj. 20 punktów w kryterium DPW oraz zaniechania podania uzasadnienia nieprzyznania Odwołującemu maksymalnej liczby punktów w kryterium DPW, zaniechania uzasadnienia przyznania punktacji w tym kryterium pozostałym wykonawcom oraz zaniechania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej, a wyborze, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy T., pomimo tego, że oferta ta nie jest najkorzystniejsza w świetle ustalonych w SIWZ - IDW kryteriów oceny ofert oraz podlega odrzuceniu, a wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania;
2. art. 26 ust. 6 Pzp, przez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie uwzględnienia przy ocenie oferty Odwołującego Wykazu personelu na potrzeby kryterium oceny ofert DPW - Załącznika nr 12 do IDW złożonego przez Odwołującego wraz z ofertą w Postępowaniu nr 2;
3. art. 26 ust. 4 i art. 7 ust. 1 Pzp, przez ich niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności wezwania Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp do wyjaśnienia wszystkich elementów doświadczenia osoby wskazanej przez Odwołującego na stanowisko Kierownika Robót;
4. art. 96 ust. 3 oraz 8 ust. 1 i 3 Pzp, przez ich błędne zastosowanie oraz błędną wykładnię i w konsekwencji zaniechanie czynności Zamawiającego, polegającej na uznaniu, dokonanego przez wykonawcę T. zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w zakresie zastrzeżonych w ofercie wykonawcy T. dokumentów oraz

dokumentów złożonych przez wykonawcę T. w wykonaniu wezwania Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp (pismo z dnia 16 czerwca 2017 r.) i wyjaśnień wykonawcy T., w szczególności Wykazu Osób oraz Wykazu Personelu oraz dokumentacji T., i nie udostępnienia podwykonawców jako zastrzeżenia bezskutecznego Odwołującemu tej części dokumentacji postępowania, pomimo tego, że wykonawca T. nie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 UZNK i Zamawiający miał obowiązek odtajnić tę część dokumentacji postępowania i udostępnić te dokumenty Odwołującemu;

5. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 Pzp, przez jego niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji wezwanie wykonawcy T. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp pismem z dnia 26 maja 2017 r. do uzupełnienia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej: „JEDZ"), w zakresie wskazania części zamówienia, którą wykonawca T.A. GmbH zamierza powierzyć podwykonawcom, a także wezwania w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do wskazania części zamówienia, jaka będzie powierzona podwykonawcom, oraz uwzględnienia uzupełnienia wykonawcy T. z dnia 31 maja 2017 r., pomimo tego, że takie wezwanie do uzupełnień i wyjaśnień stanowiło niedopuszczalne negocjacje pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą T., a uzupełnienie oferty wykonawcy T. spowodowało istotną zmianę oferty wykonawcy T., co jest niedopuszczalne w świetle zasady równego traktowania wykonawców i narusza art. 87 ust. 1 zdanie 2 Pzp;
6. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy T., pomimo tego, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ;
7. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 3 UZNK, przez ich niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności odrzucenia oferty

wykonawcy T., pomimo tego, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

8. art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp, przez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie wykluczenia wykonawcy T. z postępowania z uwagi na przynależność wykonawcy T. do grupy kapitałowej w rozumieniu art. 24 ust. 11 Pzp;
9. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, przez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy T. z postępowania pomimo tego, że wykonawca T. nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w sekcji 8.2.2. IDW i 8.6.3 lit. a) IDW.

7

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości poprzez nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy T., jako najkorzystniejszej;
- ponownego dokonania oceny ofert, z uwzględnieniem Wykazu personelu na potrzeby kryterium oceny ofert - Załącznika nr 12 do IDW złożonego przez Odwołującego wraz z ofertą w Postępowaniu nr 2 i wezwania Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do wyjaśnienia wszystkich elementów doświadczenia osoby wskazanej przez Odwołującego na Robót oraz stanowisko Kierownika następnie przyznania Odwołującemu 20 punktów w kryterium DPW, a w przypadku nieprzyznania Odwołującemu maksymalnej liczby punktów w kryterium DPW - podania uzasadnienia nieprzyznania Odwołującemu punktacji w kryterium DPW, oraz podania uzasadnienia przyznania punktacji w kryterium DPW pozostałym wykonawcom;
- uznania dokonanego przez wykonawcę T. zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie dokumentów zawartych w jego ofercie oraz dokumentów złożonych przez wykonawcę T. w wykonaniu wezwania Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp (pismo z dnia 16 czerwca 2017 r.) i zastrzeżonych dokumentów w wyjaśnieniach wykonawcy T., a w szczególności Wykazu Osób i Wykazu Personelu i wszelkiej dokumentacji podwykonawców, jako zastrzeżenia bezskutecznego, niespełniającego wymogów określonych art. 11 ust. 4 UZNK oraz odtajnienia tej części dokumentacji postępowania i udostępnienia jej Odwołującemu;
- unieważnienia czynności wezwania wykonawcy T. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp i art. 87 ust. 1 Pzp pismem z dnia 26 maja 2017 r. do uzupełnienia JEDZ i wyjaśnienia oferty w zakresie wskazania części zamówienia, którą T.A. GmbH zamierza powierzyć podwykonawcom oraz czynności uwzględnienia uzupełnienia wykonawcy T. z dnia 31 maja 2017 r. i zmiany oferty wykonawcy T. w tym zakresie;
- odrzucenia oferty wykonawcy T. na podstawie z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 3 UZNK z uwagi na to, że:
  a) jej treść nie odpowiada treści SIWZ oraz
  b) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- wykluczenia wykonawcy T. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 23 Pzp;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

8

Odwołujący twierdził, że zaoferował najkorzystniejszą cenę i winien otrzymać w kryterium Całkowita cena brutto 60 punktów. W kryterium Termin realizacji, Odwołujący winien otrzymać 20 punktów, gdyż zaoferował wykonanie zamówienia w najkrótszym dopuszczalnym przez Zamawiającego terminie tj. 39 miesięcy. Ponadto, Odwołujący winien także otrzymać 20 punktów w kryterium DPW, gdyż w swojej ofercie wykazał dysonowaniem się Kierownikiem Robót oraz Projektantem, z których każdy wykazał się większą liczbą zrealizowanych projektów (tj. odpowiednio 5 i 6 projektów wobec wymaganych przez Zamawiającego 4), spełniających wymagania określone w IDW.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nieprawidłowo dokonał czynności oceny oferty Odwołującego w kryterium DPW i w konsekwencji nie przyznał Odwołującemu maksymalnej liczby punktów w tym kryterium, co doprowadziło do zaniżenia punktacji przyznanej Odwołującemu o 7 punktów i zaniechania wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej. Gdyby

bowiem Odwołujący otrzymał 20 punktów w kryterium DPW, łącznie uzyskałby 100 punktów tj. o 4,16 punktów więcej niż wykonawca T.. Zamawiający nie wskazał także w rozstrzygnięciu uzasadnienia nie przyznania Odwołującemu, a także przyznania poszczególnym wykonawcom punktacji w kryterium DPW, uniemożliwiając tym samym jakąkolwiek weryfikację prawidłowości przyznawania punktacji wykonawcom, a więc i prawidłowości wyboru oferty najkorzystniejszej. Ponadto, Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy T. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3 UZNK, a także uznania dokonanego przez wykonawcę T. zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie dokumentów złożonych w ofercie, uzupełnieniach i wyjaśnieniach dokumentów, jako zastrzeżenia bezskutecznego, niespełniającego wymogów określonych art. 11 ust. 4 UZNK oraz zaniechał odtajnienia tej części dokumentacji postępowania i udostępnienia jej Odwołującemu. Zamawiający zaniechał ponadto czynności wykluczenia T. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp w zw. z art. 24 ust. 11 Pzp.

1. Zarzut zaniżenia punktacji w kryterium DPW

Odwołujący wyjaśniał, że ramach wskazanego DPW personelu wskazał na p. P.G., jako osobę dedykowaną na stanowisko Kierownika Robót i przedstawił listę 5 inwestycji w realizację których był zaangażowany i zdobył w tym zakresie odpowiednie i wymagane przez Zamawiającego doświadczenie. Jednocześnie Odwołujący twierdził, że wyraźnie zaznaczył, iż wskazuje na doświadczenie Pana P.G., które odpowiada opisowi wymaganemu w SIWZ i

oczekiwaniom Zamawiającego. Uzasadnione było więc oczekiwanie Odwołującego, iż otrzyma w kryterium DPW maksymalną liczbę punktów. Niemniej jednak, z nieznanych Odwołującemu powodów, Zamawiający przyznał Odwołującemu w kryterium DPW jedynie 13 punktów, zamiast 20, nie przyznając punktów Odwołującemu z tytułu doświadczenia Pana P.G., wskazanego w pkt. 1 do 3 wykazu jego doświadczenia, ze wskazaniem przez Zamawiającego w załączonym do protokołu postępowania arkuszu przyznania punktacji Odwołującemu „Nie uwzg. ETCS". Odwołujący wskazywał, że Zamawiający nie podał Odwołującemu jakichkolwiek powodów, dla których nie przyznał Odwołującemu 20 punktów tj. z jakiego powodu nie zaliczył Odwołującemu wszystkich wskazanych projektów realizowanych przez Pana P.G. i w konsekwencji nie przyznał Odwołującemu dodatkowych 7 punktów. W ocenie Odwołującego za takie uzasadnienie nie można uznać wskazania „Nie uwzg. ETCS", ponieważ nie jest ono dla Odwołującego zrozumiałe i nie wskazuje konkretnych przesłanek, z powodu których Zamawiający uznał, iż z tytułu udziału Pana P.G. w realizacji tych projektów, nie należy Odwołującemu przyznać punktacji. Zamawiający nie podał także jakiegokolwiek uzasadnienia, dla którego przyznał wykonawcy T. 20 punktów w kryterium DPW, a B.T.Z.P. Sp. z o.o. (dalej: „B.") -16 punktów.

Z uwagi na to, że Zamawiający nie przyznał Odwołującemu maksymalnej liczby punktów w kryterium DPW i nie zastosował się do określonych przez siebie kryteriów oceny ofert oraz nie podał uzasadnienia przyznawania punktacji w tym kryterium dla poszczególnych Wykonawców w sposób jednoznaczny, zrozumiały i pozwalający sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców, zdaniem Odwołującego doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz 91 ust. 1 i 2d Pzp w zw. z sekcją 20.7 pkt 3) SIWZ i art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp.

2. Zarzut zaniechania wyjaśnień

W opinii Odwołującego należy zauważyć, iż w ramach Postępowania nr 2, Odwołujący złożył Wykaz personelu na potrzeby kryterium oceny ofert - Załącznika nr 12 do IDW, z którego wyraźnie wynika doświadczenie wskazanych osób w tym postępowaniu na stanowisko Kierownika Robót oraz Projektanta. Są to te same osoby, co w rozpoznawanym postępowaniu. Jednak wbrew dyspozycji art. 26 ust. 6 Pzp, Zamawiający nie uwzględnił tego

dokumentu przy ocenie ofert. Z wykazu tego wynika wyraźnie, że Pan P.G. posiada także inne doświadczenie związane z zabudową infrastruktury ETCS, co dodatkowo uzasadniałoby przyznanie Odwołującemu maksymalnej liczby punktów w kryterium DPW.

Odwołujący podnosił, że liczne orzecznictwo KIO wskazuje, że przepis art. 26 ust. 4 Pzp określa obowiązek Zamawiającego, a nie jego uprawnienie. W niniejszej sprawie, mając na uwadze wskazanie przez Odwołującego na osoby dedykowane na stanowisko Kierownika Robót oraz Projektanta i ich odpowiednie doświadczenie, spełniające wymagania SIWZ, Zamawiający powinien był - jeżeli miał wątpliwości w zakresie wymaganego doświadczenia Pana P.G., niezbędnego dla przyznania punktów w kryterium DPW, wezwać Odwołującego w tym trybie do udzielenia wyjaśnień. W żadnym wypadku nie prowadziłoby to do zmiany, czy uzupełnienia Wykazu osób Odwołującego. Zdaniem Odwołującego, jeżeli więc Zamawiający miał jakiekolwiek wątpliwości dotyczące zakresu doświadczenia personelu Odwołującego, wskazanego w zakresie punktacji w kryterium DPW, zobowiązany był zwrócić się do Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp o udzielenie wyjaśnień. Ponieważ Zamawiający wbrew obowiązkowi, zaniechał czynności wezwania Odwołującego, to w jego ocenie, w powyżej wskazanym zakresie, doszło do naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp.

3. Zarzut sprzeczności oferty wykonawcy T. z SIWZ

Zdaniem Odwołującego oferta wykonawcy T. jest sprzeczna z SIWZ i jako taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zgodnie z sekcją 23 Instrukcji dla Wykonawców Zamawiający dopuścił powierzenie części zamówienia podwykonawcom, ale zobowiązał wykonawców do wskazania w JEDZ części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom oraz firm tych podwykonawców. T.P. Sp. z o.o. wskazało w JEDZ - chociaż wskazanie to stanowi rzekomo tajemnicę przedsiębiorstwa T. - zakres prac powierzanych podwykonawcom oraz ich firmy, natomiast T.A. GmbH nie dokonało takiego wskazania, oświadczając, że nie zamierza powierzać jakichkolwiek prac podwykonawcom.

Zdaniem Odwołującego oferta wykonawcy T. jest wewnętrznie sprzeczna i w tym zakresie także sprzeczna z SIWZ, a zatem podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Na podstawie oferty wykonawcy T. nie można bowiem stwierdzić, czy wykonawca T. powierzy wykonanie części zamówienia podwykonawcom, czy wykona całość zamówienia siłami własnymi. 11

Odwołujący twierdził, że pismem z dnia 26 maja 2017 r. Zamawiający wezwał T. do uzupełnienia JEDZ T.P. Sp. z o.o. lub T.A. GmbH w zakresie wskazania bądź usunięcia wskazania w JEDZ informacji o zamiarze powierzenia części zamówienia podwykonawcom. Ponadto, w tym samym piśmie Zamawiający wezwał wykonawcę T. w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do udzielenia wyjaśnień w zakresie czy wykonawca T. zamierza powierzyć jakąkolwiek część zamówienia podwykonawcom i w jakim zakresie. Pismem z dnia 31 maja 2017 r. wykonawca T. uzupełnił swoją ofertę, w tym zakresie wskazując w JEDZ T.A. GmbH, iż zamierza powierzyć część zamówienia do wykonania podwykonawcom.

Wykonawca A. twierdził, że czynność Zamawiającego wraz z udzielonymi przez wykonawcę T. uzupełnieniami i wyjaśnieniami świadczy wyraźnie o prowadzeniu przez Zamawiającego i wykonawcę T. negocjacji zakazanych art. 87 ust. 1 zdanie 2 Pzp w zakresie określenia przez wykonawcę T., czy zamierza powierzyć wykonanie jakiejkolwiek części zamówienia podwykonawcom, czy też nie ma takiego zamiaru. W ocenie Odwołującego Zamawiający w tym zakresie - po upływie terminu składania ofert - umożliwił wykonawcy T. dokonanie wyboru w zakresie tego, czy podzleci część zamówienia podwykonawcom, czy też nie będzie realizował zamówienie siłami własnymi - zgodnie z oświadczeniem T.A. GmbH. Wskazuje to bez wątpienia, że wykonawca T., w wyniku negocjacji z Zamawiającym, miał możliwość dowolnego ukształtowania treści swojej oferty w tym zakresie, już po upływie terminu składania ofert. Wykonawca T. tak też postąpił i w konsekwencji zmienił treść swojej oferty w zakresie określenia, że T.A. GmbH powierzy część zamówienia do wykonania przez podwykonawców.

.

Zdaniem wykonawcy A. należy zauważyć, że czynność Zamawiającego polegająca na wezwaniu wykonawcy T. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów oraz prowadzenie zakazanych art. 87 ust. 1 Pzp negocjacji z wykonawcą T. doprowadziło nie do wyjaśnienia oczywistej omyłki, ale do zasadniczej zmiany oświadczenia T.A. GmbH w zakresie podwykonawstwa tj. zadeklarowanego sposobu wykonania świadczenia na rzecz Zamawiającego. Tym samym, czynność ta jest niezgodna z art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z zasadą równego traktowania wykonawców wynikającą z art. 7 ust. 1 Pzp. Mając to na

względzie oraz okoliczność, iż sprzeczność oferty wykonawcy T. w zakresie wskazania części zamówienia, która ma zostać powierzona podwykonawcom nie podlega konwalidacji, oferta ta winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

4. Nieskuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa T.

Wykonawca A. wyjaśniał, że po wyborze oferty wykonawcy T., jako najkorzystniejszej, Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie jemu oferty wykonawcy T., wszystkich wyjaśnień i uzupełnień do oferty wykonawcy T. wraz z wezwaniami Zamawiającego. Zamawiający 19 kwietnia 2017 r. udostępnił te dokumenty Odwołującemu, za wyjątkiem zastrzeżonych przez wykonawcę T. dokumentów, w szczególności:

a. Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia - Załącznik nr 9 do IDW (dalej „Wykaz Osób");
b. Wykazu personelu na potrzeby kryterium oceny ofert - Załącznik nr 11 do IDW (dalej „Wykaz Personelu");
c. Podwykonawstwo - dokumenty podwykonawców (tj. JEDZ dotyczący każdego z podwykonawców oraz odpisy aktualne z KRS podwykonawców);
d. Jednolity Dokument Wykonawcy w Części II lit. D, Część IV lit. C pkt 10 w zakresie podwykonawstwa oraz Część IV lit. C pkt 2 w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia;
e. sposób szacowania parametrów RAM;

uzasadniając to dokonanym przez wykonawcę T. zastrzeżeniem, jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ponadto, Odwołujący w dniu 19 sierpnia 2017 r. zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie mu całości korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawca T., w tym wszelkich wezwań do przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1, 3 i 3a ustawy. W odpowiedzi Zamawiający w dniu 22 sierpnia 2017 r. przekazał Odwołującemu jedynie część dokumentacji postępowania, za wyjątkiem następujących dokumentów wykonawcy T.:

a) części odpowiedzi nr 2 wykonawcy T. z dnia 31 maja 2017 r. w zakresie wskazania nazw oraz podziału procentowego podzlecanej części zamówienia oraz pkt 10 na stronie 16 JEDZ T.A. GmbH;
b) części odpowiedzi nr 1 wykonawcy T. z dnia 16 sierpnia 2017 r.
c) zastrzeżonej części pisma wykonawcy T. wykonanego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp (pismo z dnia 16 czerwca 2017 r.).

Odwołujący kwestionował skuteczność i możliwość zastrzeżenia przez T., jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Wykazu Osób oraz Wykazu Personelu, w szczególności w zakresie opisu projektów wykonanych przez wskazane w tych wykazach osoby, a także

wyjaśnień i uzupełnień wykonawcy T.. Zdaniem wykonawcy A. o ile bowiem możliwa jest polemika, w zakresie możliwości i zasadności zastrzeżenia przez wykonawcę T. imion i nazwisk wskazanych przez wykonawcę T. osób, to już same opisy wykonanych przez te osoby projektów - wykonywanych na rzecz podmiotów publicznych, które są jedynymi odbiorcami systemów ERTMS/ETCS - nie mogą w żadnym wypadku stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy. Tajemnicą przedsiębiorstwa nie jest także wskazanie procentowej części zamówienia objętego podwykonawstwem, ani także nazw części zamówienia, które będą podzlecone. Odwołujący podnosi te same zarzuty także wobec zastrzeżenia pozostałych dokumentów tj. w zakresie podwykonawców, JEDZ oraz sposobu szacowania parametrów RAM. Także w tym zakresie wykonawca T. nie przedstawił konkretnych okoliczności wskazujących na to, że nie ujawni na etapie realizacji umowy swoich podwykonawców oraz że sposób szacowania parametrów RAM stanowi jakąkolwiek poufną informację.

Odwołujący twierdził, że wykonawca T. nie wskazał w ogóle w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jakiego rodzaju informacje zawarte są w zastrzeżonej, jako tajemnica przedsiębiorstwa części oferty, tj. czy są to informacje techniczne, czy też technologiczne, czy organizacyjne. Wykonawca T. nie wskazał, czy informacje te stanowią jakakolwiek wartość gospodarcza oraz tego nie uzasadnił. Ponadto, wykonawca T. nie wykazał, że opisy projektów wykonanych przez osoby wskazane w Wykazie Osób i Wykazie Personelu nie stanowią informacji publicznej - a skądinąd informacja

powszechna i publiczna fest okoliczność, iż wszelkie projekty z zakresu systemów ERTMS/ETCS wykonywane są na rzecz podmiotów publicznych i ich opisy są jawne. Jawne są także informacje w zakresie osób będących kierownikami robót lub nadzorujących wykonywanie robót budowlanych oraz w zakresie projektantów publicznych projektów tego rodzaju. W konsekwencji, także jawne winny być opisy tych projektów wskazane w Wykazie Osób i Wykazie Personelu wykonawcy T.. Doświadczenie wymagane w sekcji 8.6.2 SIWZ - IDW (Wykaz Personelu) oraz w sekcji 20.7 pkt 3) SIWZ - IDW (Wykaz Personelu) obejmuje udział wskazanych osób w realizacji zamówień publicznych, realizowanych na rzecz podmiotów publicznych. Tezę taką potwierdza rodzaj i zakres wymaganego doświadczenia dotyczącego systemów sterowania ruchem kolejowym i zabudowy systemu ETCS oraz projektowania w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym (stacyjnych, blokad liniowych, urządzeń przejA.owych, zdalnego sterowania - LCS) lub systemów bkjp (bezpiecznej kontroli jA.y pociągu) przeznaczonego dla potrzeb podmiotów odpowiedzialnych w danym kraju za bezpieczeństwo ruchu kolejowego. Podmiotem, który zamawia taki system, mógł być wyłączenie podmiot publiczny, co oznacza, iż wykonawcy nie mieli podstaw do

---

utajnienia Wykazu Osób i Wykazu Personelu, w co najmniej w zakresie opisu projektów zrealizowanych przez wskazane przez nich osoby.

Wykonawca A. twierdził, że T. nie wykazało w jakikolwiek sposób, że zastrzeżone informacje rzeczywiście spełniają przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 4 UZNK i stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Obowiązek ten wykonawca T. powinien był wykonać najpóźniej do dnia składania wyjaśnień, a ponieważ temu nie zadośćuczynił, zastrzeżenie poczynione przez wykonawcę T. jest nieskuteczne i nie podlega konwalidacji.

Zdaniem Odwołującego wskazać należy, że mając na uwadze, iż Wykaz Osób oraz Wykaz Personelu zawiera zestawienie osób dedykowanych przez wykonawcę T. do pełnienia funkcji w toku realizacji zamówienia objętego postępowaniem, których sprawowanie wymaga - gdyby wykonawca T. otrzymał zamówienie - ujawnienia danych osobowych tych osób w dokumentacji budowlanej, bez wątpienia, informacje te nie maja waloru poufnego.

W opinii wykonawcy A. niewątpliwie więc informacją publicznie dostępną są dane osobowe osób pełniących funkcje m.in. kierownika budowy, kierowników robót, inspektora nadzoru inwestorskiego oraz projektantów wykonawcy T., którzy pełnili takie funkcja na kontraktach:

a) „Projekt i zabudowa systemu ETCS poziom 1 Limited Supervision na linii kolejowej nr 356 odcinek Poznań Wschód - Wągrowiec";
b) „ETCS poziom 1 na odcinku linii kolejowej (...) C.M.K. (CMK), G. - Z.",

a także wszelkich innych inwestycji budowlanych. Warto zaznaczyć także, że inwestycji, o wymaganych w SIWZ parametrach dotyczących systemów ETCS zostało w Polsce wykonanych jedynie kilka - poza dwom wskazanymi powyżej dodatkowo „Pilotażowe wdrożenie ERTMS w Polsce na odcinku L. - W. – B.- w części ETCS II" - Wykonawca konsorcjum B. T. S.AB i B.T.Z.P.. Zatem nie stanowią jakiejkolwiek informacji poufnej dane osób pełniących funkcje kierownicze na wskazanych kontraktach. Tym bardziej niedopuszczalne jest zastrzeganie tak publicznie dostępnych danych, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Informacje te są dostępne publicznie, nie posiadają wartości gospodarczej, a dodatkowo zostaną z mocy prawa upublicznione przez każdego wykonawcę w razie otrzymania zamówienia - z czym każdy wykonawca także musi się liczyć.

Wskazane przez wykonawcę T. osoby, pełniąc obowiązki kierowników robót lub Inspektorów Nadzoru, bądź Projektanta, z pewnością zostały w ramach realizowanych przez nie projektów, wykazane w publicznie dostępnych informacjach dotyczących osób kierujących lub nadzorujących wykonywanie robót budowlanych bądź, jako projektant tych robót. W związku z tym, dane te nie mają waloru poufności - szczególnie gdyby okazało się, że 15

---

wykonawcą tych projektów, na których zaangażowane były osoby wskazane w Wykazie Osób i Wykazie Personelu, był wykonawca T.. Wskazując osoby w Wykazie Osób i Wykazie Personelu, wykonawca T. musi mieć świadomość, iż zgodnie z przepisami prawa budowlanego dane wskazanych osób będą musiały być obowiązkowo ujawnione, a wiec wykonawca T. godzi się tym samym na ujawnienie tych danych. Zastrzeżenie przez wykonawcę T. Wykazu Osób i Wykazu Personelu - mając powyższe na uwadze - jawi się więc

jako dokonane jedynie w celu utrudnienia weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu przez innych wykonawców.

5. Czyn nieuczciwej konkurencji T.

a) Zastrzeżenie dokumentacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego złożenie przez wykonawcę T. oferty, zawierającej zastrzeżenie wskazanych już pierwotnie, jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów stanowi także czyn nieuczciwej konkurencji. W opinii A. zastrzeganie, jako tajemnica przedsiębiorstwa części dokumentów i informacji, która dotyczy spełniania warunków udziału w postępowaniu jest działaniem sprzecznym z art. 7 ust. 1 i 8 ust. 1 Pzp oraz dobrymi obyczajami, uniemożliwiającym jakąkolwiek konkurencję przy ubieganiu się o zamówienia publiczne, a zatem wypełnia ustawową definicję czynu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z zapisami art. 3 ust. 1 UZNK.

W opinii Odwołującego wykonawca T. nadmiernie i wyłącznie w celu utrudnienia uczciwej konkurencji, zastrzegł, jako tajemnice przedsiębiorstwa, składane wraz z ofertą dokumenty, co zdaniem Odwołującego jest sprzeczne z dobrymi obyczajami - nakazującymi zastrzeganie, jako tajemnica przedsiębiorstwa jedynie takich informacji, które faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie są publicznie znane i dostępne oraz posiadają wartość gospodarczą i nie będą po zawarciu umowy publicznie udostępnione - i narusza interesy tak Zamawiającego, jak i przede wszystkim innych wykonawców, ponieważ uniemożliwia pozostałym wykonawcom zgodną z prawem weryfikację zgodności oferty wykonawcy T. z SIWZ oraz weryfikacją zasadności przyznawania punktacji przez Zamawiającego. Nie budzi wątpliwości, że celem i zamiarem wykonawcy T. nie było dbanie o zachowanie w poufności niedostępnych publicznie i posiadających wartość gospodarczą danych, które pozostaną poufne, ale wyłącznie uniemożliwienie innym wykonawcom

weryfikacji poprawności oferty wykonawcy T. oraz zasadności przyznania wykonawcy T. maksymalnej liczby punktów w kryterium oceny ofert DPW.

Zgodnie z art. 3 ust. 2 UZNK, czynem nieuczciwej konkurencji jest naruszanie tajemnicy przedsiębiorstwa. Czynem nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu art. 3 ust. 1 UZNK jest więc także nieuzasadnione zastrzeganie przez wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa, w sytuacji, gdy zastrzeżone informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i jedynie w celu takim, aby utrudnić weryfikację spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, przez jego konkurentów. Działania mające jedynie na celu utrudnienie konkurentom dostępu do oferty, pozostają w sprzeczności z dobrymi obyczajami, interesem Zamawiającego oraz pozostałych Wykonawców, a zatem należy je kwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji. Warto nadto zwrócić uwagę na orzecznictwo KIO, które wskazuje, że dla zakwalifikowania działania jako czyn nieuczciwej konkurencji nie jest konieczne istnienie zamiaru czy winy wykonawcy, lecz wystarczy obiektywne stwierdzenie, że określone zachowanie wpływa na uczciwą konkurencję w postępowaniu (wyrok KIO z dnia 02.07.2012 r., KIO 1287/12).

b) Utrudnienie Odwołującemu dostępu do rynku

W ocenie wykonawcy A. wykonawca T. dopuścił się także czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3 UNZK. Odwołujący wskazywał, że pismem z dnia 16 marca 2017 r. zwrócił się do T.P. Sp. z o.o. w przedmiocie określenia zasad współpracy przy realizacji Zamówienia objętego postępowaniem, dotyczącej integracji interfejsów, o których mowa w sekcji 4.8 Interfejsy PFU, aby możliwe było dokonanie przez Odwołującego optymalnej wyceny wykonania przez Odwołującego czynności integracyjnych. Oczywistym bowiem było dla Odwołującego, iż wykonawca T. - jako producent urządzeń wymagających integracji Interfejsów - nie umożliwi Odwołującemu integracji Interfejsów bez jakiegokolwiek wynagrodzenia. Ponadto, o udostępnienie tych danych Odwołujący wystąpił także do Zamawiającego (pismo Odwołującego z dnia 16 marca 2017 r.).

W odpowiedzi, pismem z dnia 23 marca 2017 r. wykonawca T. odmówił spotkania i określenia zasad współpracy w powyższym zakresie, powołując się rzekomo na możliwość zakwalifikowania podania przez wykonawcę T. zasad współpracy w tym zakresie, jako zmowy przetargowej.

Wobec odmowy wykonawcy T. określenia zasad współpracy w zakresie integracji Interfejsów, Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego pismem z dnia 24 marca 2017 r. o 17

---

określenie tych zasad w PFU, tak aby możliwa była optymalna wycena przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem. Zamawiający nie odpowiedział na pismo Odwołującego.

Następnie Odwołujący twierdził, że pismem z dnia 3 kwietnia 2017 r. zwrócił się raz jeszcze do T.P. Sp. z o.o. w zakresie wyceny czynności niezbędnych od wykonawcy T. w celu dokonania Integracji Interfejsów. Wykonawca T. nie udzielił jakiejkolwiek odpowiedzi na pytanie Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego brak określenia przez wykonawcę T. zasad współpracy oraz wyceny udostępnienia Odwołującemu informacji niezbędnych do dokonania integracji Interfejsów stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3 UZNK. Za sprzeczne z dobrymi obyczajami należy uznać odmowę wykonawcy T. określenia jakichkolwiek zasad współpracy przy integracji Interfejsów wyłącznie w tym celu, aby uniemożliwić Odwołującemu wyceny przedmiotu zamówienia i złożenia konkurencyjnej oferty oraz w celu utrudnienia Odwołującemu ubiegania się o udzielenie zamówienia - praktyką bowiem na rynku ETCS jest wzajemna wymiana pomiędzy wykonawcami informacji, dotyczącej integracji Interfejsów, w celu umożliwienia realizacji poszczególnych odcinków ETCS przez różnych wykonawców. Praktyka wykonawcy T. stanowi także z pewnością czyn nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 3 UZNK, ponieważ utrudnia w sposób nieuzasadniony dostęp do rynku Odwołującemu i polega na rzeczowo nieuzasadnionym - podane przez wykonawcę T. argumenty dotyczące rzekomej „zmowy przetargowej" nie miały jakiegokolwiek de facto merytorycznego uzasadnienia

- zróżnicowanym traktowaniu klientów

tj. Odwołującego. W ocenie wykonawcy A. działanie wykonawcy T. winno zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji i stąd oferta tego wykonawcy winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

6. Zaniechanie wykluczenia wykonawcy T. - Grupa kapitałowa

Odwołujący podnosił, że w dniu 12 kwietnia 2017 r. wykonawca T. złożył do Zamawiającego pismo wraz z załączeniem oświadczenia T.P. Sp. z o.o. oraz T.A. GmbH wskazując w obu oświadczeniach, że obie spółki należą do grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 11 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie wykonawca T. zrezygnował z przedstawienia dowodów, że powiązania z innym wykonawcą nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu, nie wskazał także 18

---

ewentualnie na skład grupy kapitałowej, który mógłby usunąć stan wykluczenia z postępowania na podstawie art 24 ust. 1 pkt 23 Pzp.

Zdaniem wykonawcy A. oświadczenia wykonawcy T., stanowiącego podstawę oceny podlegania wykluczeniu wykonawcy T. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp. Zamawiający nie miał jakichkolwiek podstaw do zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy T. z postępowania. Tym samym, w ocenie Odwołującego, zaniechanie tej czynności stanowi naruszenie Pzp. Mając na uwadze, że oświadczenie T.P. Sp. z o.o. oraz T.A. GmbH nie zawierają wad, ani braków, nie będzie mieć zastosowania art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp. Uzupełnieniu prawidłowo złożonego oświadczenia wykonawcy T. sprzeciwia się także jednoznaczne orzecznictwo TSUE w sprawach C-387/14 i 131/16, zakazujące modyfikacji oferty i dokumentów po upływie terminu na ich złożenie oraz zakazujące prowadzenia pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami jakichkolwiek negocjacji.

7. Zaniechanie wykluczenia T. - niewykazanie spełniania warunku wymaganego przychodu

Odwołujący wyjaśniał, że zgodnie z sekcją 8.2.2. IDW i 8.6.3 lit. a) IDW Zamawiający wymagał wykazania się przez Wykonawcę, iż posiada w ciągu ostatnich 3 lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres, średni roczny przychód netto ze sprzedaży w kwocie minimalnej 23.000.000,00 PLN. Według sekcji 9.7.5 IDW i zgodnie z wezwaniem Zamawiającego do T. z dnia 5 czerwca 2017 r. (pkt 8), w tym celu T. został zobowiązany do przedłożenia części sprawozdania finansowego (RZiS), w przypadku gdy

sporządzenie sprawozdania wymagane jest przepisami prawa kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsca zamieszkania, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również odpowiednio z opinią o badanym sprawozdaniu (jego części), a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzenia sprawozdania finansowego, inne dokumenty określające przychody netto ze sprzedaży - za ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okreT.

Za pismem z dnia 16 czerwca 2017 r. wykonawca T. przedłożył sprawozdania finansowe za okres:

a) 1 stycznia do 31 grudnia 2015 r.;

b) 1 stycznia do 31 grudnia 2014 r.;

c) 1 stycznia do 31 grudnia 2013 r.

Wykonawca T. nie przedłożył sprawozdania finansowego za okres od 1 stycznia do 31 grudnia 2016 r. Zgodnie zaś z wymaganiami IDW, T. był zobowiązany do przedłożenia sprawozdań finansowych za ostatni 3 lata, tj. za rok 2016, 2015 i 2014. Bez wątpienia, skoro termin składania ofert upłynął w dniu kwietniu 2017 r., a Zamawiający wezwał wykonawcę T. do przedłożenia sprawozdań finansowych w czerwcu 2017, to ostatnie 3 lata obrotowe to okres 2014-2016 r.

Przystępujący nie przedłożył na wezwanie Zamawiającego sprawozdania finansowego za rok 2016, to w ocenie Odwołującego należy uznać, że T. nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w sekcji 8.6.3 lit. a) IDW. Tym samym wykonawca T. podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12 Pzp. Brak ten nie może być także konwalidowany w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. W opinii Odwołującego nie jest możliwe wezwanie wykonawcy T. przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia sprawozdania finansowego za rok 2016, bowiem stanowiłoby to przedstawienie dokumentów przez wykonawcę, których nie zawierała jego pierwotna oferta oraz komplet dokumentów przedłożony na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp. Na marginesie należy wskazać, że wykonawca T. został już wezwany przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp pismem z dnia 5 lipca 2017 r. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie tego warunku, a więc tryb ten został wyczerpany.

W dniu 7 września 2017 r. w toku posiedzenia Izby z udziałem stron Zamawiający złożył w formie pisemnej odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego. W uzasadnieniu pisma wskazywał, że postawione zarzuty są bezzasadne, a w związku z tym odwołanie winno zostać oddalone.

Ad. zarzutu nr 1

Zamawiający wyjaśniał, że w dniu 18 sierpnia 2017 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, a jednocześnie przedstawił każdemu z Wykonawcy uzasadnienie przyznanej punktacji. W wyniku dokonanej przez Zamawiającego oceny,
Odwołującemu zostały przyznane 3 pkt za Kierownika robót ETCT. Zamawiający wskazał w arkuszu dot. punktacji, że nie uwzględnił przy punktacji projektów: 1) Ł.U.N.L., 2) P.-S., 3) C. T. P. ponieważ projekty nie uwzględniały ETCT. 20

Podstawą do dokonania oceny w zakresie tego kryterium były informacje zawarte w Załączniku nr 11 do IDW Odwołujący złożył żądany Załącznik, w którym dla Kierownika Robót wskazał 5 projektów, przy czym w zakresie projektów 1) Ł.U.N.L., 2) P.S., 3) C. T. — P., w opisie doświadczenia nie wskazano, czy projekty te dotyczyły zabudowy systemu ETCT.

W związku z powyższym, Zamawiający nie uwzględnił tych trzech projektów przy punktacji, gdyż z opisu nie wynikało, że spełniają one postawione przez Zamawiającego wymagania. Wskazać przy tym należy, że w tabeli punktacji w sposób wyraźny wskazano, dlaczego Zamawiający nie przyznaje punktów w odniesieniu do tych projektów, w związku z czym zarzut Odwołującego o rzekomym braku uzasadnienia, czy niejasnym uzasadnieniu w tym zakresie, należy uznać za całkowicie chybiony.

Zamawiający wskazywał również, że kwestia opisu doświadczenia nie podlegała w żaden sposób uzupełnieniu, gdyż nie był to warunek udziału w postępowaniu lecz pozacenowe kryterium oceny ofert, które nie podlega uzupełnieniu. W ocenie Zamawiającego żaden przepis Pzp nie pozwala na uzupełnienie dokumentów dot. pozacenowych kryteriów

oceny ofert.

Zamawiający twierdził, że Odwołujący konsekwentnie zarówno w Załączniku nr 11, jak i w Załączniku nr 9 do IDW - Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia - który złożył wraz z ofertą w odniesieniu do tych trzech projektów nie wskazywał na to, że dotyczą one zabudowy ETCS, a w dwóch kolejnych projektach potrafił już wpisać, że projekty obejmowały również zabudowę ETCT. Na podstawie takich opisów, Zamawiający nie mógł mieć wątpliwości, że pierwsze trzy projekty nie obejmują zabudowy ETCS, a przynajmniej, że opis nie potwierdza spełnienia warunku postawionego przez Zamawiającego, stąd słusznie nie przyznał punktów w tym zakresie.

Zamawiający podnosił, że Odwołujący zupełnie pomija fakt, że w pkt 20.4 IDW, Zamawiający, w sposób nie budzący wątpliwości, wskazał wykonawcom, że ocena ofert pod kątem zgodności z wymaganiami Zamawiającego zostanie dokonana wyłącznie na podstawie analizy dokumentów, jakie wykonawca zawarł w swojej ofercie. Niewątpliwie informacji na temat usługi zabrakło w Załączniku nr 11 i 9 do IDW, skoro Odwołujący podnosi, że Zamawiający winien przy swojej ocenie odnieść się do dokumentów złożonych w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia, co jednak nie może mieć zastosowania w przedmiotowej sprawie, o czym mowa w uzasadnieniu zarzutu nr 2.

Zdaniem Zamawiającego z treści odwołania wynika, iż Odwołujący doskonale zdawał sobie sprawę dlaczego nie zostały przyznane mu punkty w zakresie kryterium DPW, a przy

tym podnieść należy, że treść w tabeli punktacji nie budziła żadnych wątpliwości, czym kierował się Zamawiający nie przyznając punktów.

Ad. zarzutu nr 2

W ocenie Zamawiającego ww. zarzut jest całkowicie chybiony. Odwołujący pomija w swoim odwołaniu całkowicie fakt, że dyspozycja art. 26 ust. 6 ustawy odnosi się do dokumentów lub oświadczeń potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 Pzp, a więc dokumentów i oświadczeń na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji oraz brak podstaw do wykluczenia. Tymczasem informacje zawarte w Załączniku nr 11 dotyczyły opisu doświadczenia w celu przyznania punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert. W związku z powyższym przepis ten nie ma żadnego zastosowania w przedmiotowym stanie faktycznym.

Ad. zarzutu nr 3

Zamawiający wskazywał, o czym była już mowa w uzasadnieniu zarzutu nr 1, że w pierwszej kolejności nie miał podstaw do powzięcia jakichkolwiek wątpliwości w zakresie opisu doświadczenia, ponieważ Odwołujący konsekwentnie we wszystkich złożonych dokumentach, przy opisie pierwszych trzech robót pominął fakt, że obejmowały one zabudowę ETCT. Po drugie, Zamawiający twierdził, że każde wezwanie do wyjaśnień w tym zakresie prowadziłoby de facto do uzupełnienia wykazu, co oznacza, że w sposób nieuprawniony doszłoby do obejścia przepisów ustawy, w zakresie zakazu uzupełnienia wykazu składanego wyłącznie na potrzeby przyznania punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert. Zamawiający podawał, że w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 1345/17, Izba uznała jeszcze dalej idące stanowisko Zamawiającego za prawidłowe, a mianowicie w przedmiotowej sprawie wykonawca wskazał na roboty świadczone na rzecz Zamawiającego, ale z opisu nie wynikało spełnienie warunków kryterium oceny ofert. Zamawiający pomimo wiedzy na temat wykazywanych projektów, nie mógł przyznać punktów, gdyż prowadziłoby to m.in. do nierównego traktowania wykonawców, którzy świadczyli roboty na rzecz Zamawiającego, wobec podmiotów, które wskazywały na roboty na rzecz innych podmiotów. Również w tej sprawie Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że wobec braku należytego opisu doświadczenia w kryterium oceny ofert, Zamawiający nie był uprawniony do wzywania do jakichkolwiek

wyjaśnień, bowiem stanowiłoby to w istocie uzupełnienie treści opisu o informacje, których w pierwotnym wykazie nie było.

Zamawiający wyjaśniał, że od uczestników postępowań o udzielenie zamówień

publicznych oczekuje się podwyższonego stopnia staranności w przygotowaniu swoich ofert z uwagi na pewne ograniczenia formalne. Zamawiający nie jest uprawniony w zaistniałym stanie faktycznym do konwalidowania ewidentnych błędów po stronie wykonawcy.

Ad. zarzutu nr 4

Zamawiający stwierdził, że przedmiotowy zarzut należy uznać za spóźniony i nie powinien on być rozpoznawany, gdyż pismem z dnia 19 kwietnia 201 7r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o odtajnienie części oferty T.. W odpowiedzi na powyższe, Zamawiający mailem z dnia 24 maja 2017 r., przekazał część dokumentów, które Zamawiający odtajnił, z równoczesnym powiadomieniem, że pozostałe dokumenty pozostają tajemnicą przedsiębiorstwa. Tym samym, należy uznać, że Zamawiający poinformował Odwołującego o swojej ocenie w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa i od tego momentu rozpoczął bieg termin na wniesienie odwołania.

W związku z powyższym termin na wniesienie odwołania w zakresie zaniechania odtajnienia dokumentów Konsorcjum T. upłynął w dniu 5 czerwca 2017 r. (4 czerwca był dniem ustawowo wolnym od pracy).

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający wnosił o pozostawienie przedmiotowego zarzutu bez rozpoznania.

Ad. zarzutu nr 5 i 6

Zamawiający stał na stanowisku, że zarzut ten jest całkowicie bezpodstawny, bowiem absolutnie pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą nie były prowadzone żadne negocjacje. Zamawiający potwierdził, że pomiędzy dokumentami JEDZ członków Konsorcjum istniały rozbieżności w zakresie posiłkowania się podwykonawcami. Odwołujący pomija jednak w swoich zarzutach kilka zasadniczych kwestii, które przesądzają, że są one całkowicie bezpodstawne.

Zdaniem Zamawiającego jest czymś oczywistym, że pewne informacje zawarte w JEDZ są indywidualne dla każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia, jak chociażby kwestia, czy dany podmiot zamierza realizować swoją część zamówienia samodzielnie, czy też przy wykorzystaniu podwykonawców. W JEDZ T.P. Sp. z o.o., podmiot ten wskazał, że zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom i złożył dokumenty JEDZ dot. tych podwykonawców. Natomiast T.A. GmbH zaznaczył w swoim JEDZ, że nie będzie korzystał z podwykonawców. W żadnej innej części oferty, Wykonawcy nie mieli podawać informacji na temat podwykonawców.

W celu usunięcia jakichkolwiek wątpliwości, Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy informacjami zawartymi w JEDZ i uzupełnienie tego dokumentu. W odpowiedzi, wykonawca T. potwierdził, że faktycznie zamierza powierzyć część przedmiotu zamówienia podwykonawcom, w związku z czym JEDZ T.A. GmbH wymaga poprawienia.

W ocenie Zamawiającego z powyższego jednoznacznie wynika, że oferta wykonawcy T. nie jest w żadnej mierze wewnętrznie sprzeczna, zawiera informacje żądane przez Zamawiającego, a więc nie jest sprzeczna z treścią SIWZ i w wyniku wezwania do uzupełnień i wyjaśnień nie została uzupełniona o jakiekolwiek nowe informacje, których nie było w ofercie pierwotnej wykonawcy. Nie zostały więc przeprowadzone jakiekolwiek negocjacje z wykonawcą T.. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący zdaje się nie zauważać, że obecnie dyspozycja art. 26 ust. 3 Pzp odnosi się również do ewentualnych błędów w dokumentach i oświadczeniach i z takim błędem mamy do czynienia w tym zakresie.

Zamawiający podkreślał, że oferta wykonawcy T. w żaden sposób nie jest niezgodna z treścią SIWZ. W szczególności, Odwołujący nie wykazał z jakim postanowieniem SIWZ oferta miałaby być niezgodna. Odwołujący odwołuje się bowiem do sekcji 23 IDW, której postanowienia stanowią tylko i wyłącznie tyle, że wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie przedmiotu zamówienia podwykonawcom, winien wskazać zakres, nazwy podwykonawców i załączyć dokumenty JEDZ tych podwykonawców (pkt 9.4 IDW). Wszystkie te elementy zostały przez wykonawcę T. spełnione, a poprawienie JEDZ przez T.A. GmbH w żaden sposób nie wpłynęło na treść oferty, a w szczególności nie wniosło żadnych nowych informacji do treści oferty. Skoro nie doszło do żadnej zmiany oferty, to tym bardziej nie doszło do istotnej zmiany oferty.

W ocenie Zamawiającego, powołane przez Odwołującego w odwołaniu wyroki nie mają

żadnego znaczenia w przedmiotowej sprawie, ale niezależnie od tego analizując ich treść należy uznać, że raczej potwierdzają one stanowisko Zamawiającego i są zaprzeczeniem tezy lansowanej przez Odwołującego. Już pierwszy przytoczony wyrok w sprawie C-131/16 potwierdza, że działanie Zamawiającego było prawidłowe, bowiem w zdaniu następnym po wyróżnionym fragmencie wyroku, Trybunał wprost wskazuje, że art. 26 ust. 3 Pzp nie stoi na

---

przeszkodzie by Zamawiający wzywał oferenta do wyjaśnienia oferty lub sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej. Ponadto Odwołujący nie wskazał, aby Zamawiający w analogicznej sytuacji nierówno potraktował innych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Ad. zarzutu nr 7

Zamawiający wyjaśniał, że zarzut ten w uzasadnieniu został podzielony na dwie części:

a) czyn nieuczciwej konkurencji polegający na niezasadnym zastrzeżeniu tajemnicy wobec informacji znajdujących się w ofercie;
b) utrudnianie Odwołującemu dostępu do rynku.

Ad. zarzutu a)

Niezależnie od faktu, że zarzut dotyczy bezzasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie podlega rozpoznaniu w niniejszym postępowaniu, w związku z czym utajnienie dokumentacji należy uznać za zasadne i wiążące, wskazać należy, że Odwołujący nie wykazuje żadnej konsekwencji w swoich twierdzeniach, a wręcz twierdzenia zawarte w odwołaniu są sprzeczne.

Zamawiający podnosił, że na stronie 22 odwołania, ostatni akapit, Odwołujący uzasadniając zarzut samego zastrzeżenia tajemnicy, powołuje się na uchwałę Sądu Najwyższego w sprawie sygn. akt III CZP 74/05, w której Sąd stwierdził, że jedyną konsekwencją uznania utajnienia dokumentów za bezzasadne jest ich odtajnienie, po czym już od strony 23 szeroko uzasadnia, że takie bezzasadne utajnienie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w związku z czym oferta powinna zostać odrzucona.

Abstrahując od powyższego, Zamawiający wskazuje, że dokonał analizy zastrzeżonych informacji i poza wyjątkiem dot. RCO, uznał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jedyną natomiast konsekwencją bezzasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przewidzianą w SIWZ jest odtajnienie dokumentów (a contrario postanowienia pkt 14.10). Jest to rozwiązanie zasadne i logiczne bowiem uznanie, że zastrzeżone informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i w związku z tym następuje ich odtajnienie, powoduje umożliwienie dostępu wszystkich wykonawców do treści znajdujących się w ofercie, a tym samym ofercie takiej nie można czynić już zarzutu, że stanowi przejaw czynu nieuczciwej konkurencji. W razie natomiast braku odtajnienia informacji

---

należy uznać, że zastrzeżenie takie było uprawnione, a nie można czynić zarzutu wykonawcy z tego, że działa w granicach swoich uprawnień określonych przez prawo.

Ad. zarzutu b)

Zdaniem Zamawiającego przedmiotowy zarzut jest bezzasadny co najmniej z dwóch powodów. Po pierwsze wskazać należy, że zarzut ten de facto odnosi się do treści SIWZ w zakresie interfejsów, a nie do oferty wykonawcy T. i jako taki należy uznać za spóźniony i nie podlegający rozpoznaniu. Po drugie, wskazać należy, że Zamawiający nie jest uprawniony do badania zachowania wykonawcy T. względem Odwołującego, w ich wzajemnych relacjach, chyba, że działania te noszą znamiona zmowy przetargowej. Odwołujący całkowicie błędnie odnosi dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp do takich zachowań, które nie składają się na treść oferty wykonawcy T., podlegającej badaniu.

Zamawiający stwierdził, że już nawet z treści uzasadnienia tego zarzutu (vide str. 29 pierwszy akapit), wynika, że Odwołujący w żaden sposób nie odnosi się do treści oferty wykonawcy T. lecz do zachowania tego wykonawcy, nie mieszczącego się w granicach składanej ofert.

W ocenie Zamawiającego przedmiotowy zarzut nie odnosi się w ogóle do treści oferty

wykonawcy T., lecz do innych zachowań, które pozostają poza sferą zainteresowania Zamawiającego. Na marginesie, Zamawiający wskazuje, że takie zachowanie nie powinno być również przedmiotem badania przez Izbę, lecz wyspecjalizowany organ tj. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, gdyż Izba nie jest władna do orzekania, czy jakieś działanie bądź zaniechanie działania wykonawcy - nie związane z samym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi do ograniczenia dostępu do rynku właściwego. Orzekanie w tym zakresie prowadziłoby do naruszenia podziału kompetencji pomiędzy organami administracji publicznej.

Ad. zarzutu nr 8

Odnosząc się do zarzutu w zakresie grupy kapitałowej, Zamawiający wskazywał, że zarzut ten jest całkowicie bezpodstawny.

W opinii Zamawiającego Odwołujący, stawiając przedmiotowy zarzut, winien wykazać, że w postępowaniu biorą co najmniej dwa podmioty należące do tej samej grupy kapitałowej i

---

że podmioty te złożyły odrębne oferty, czego nie uczynił i nie mógł uczynić, bowiem w przedmiotowym postępowaniu taka sytuacja nie zaistniała. Zdaniem Zamawiającego wykonawca T. nie musiał więc składać żadnych dowodów potwierdzających, że powiązania z innymi podmiotami nie prowadzą do zakłócenia konkurencji, gdyż w postępowaniu nie brały udziału inne podmioty z tej samej grupy kapitałowej.

Zamawiający wskazywał, że Odwołujący koncentrował się na pewnym uchybieniu formalnym, które prawdopodobnie wynikło z pewnej nieścisłości w IDW i treści wzoru oświadczenia zamieszczonego przez Zamawiającego, co nie zmienia faktu, że nawet w razie uznania, że doszło do pewnego uchybienia, to nie ma ono żadnego wpływu na wynik postępowania, w związku z czym zarzut ten nie może zostać uwzględniony.

Ad. zarzutu nr 9

W ocenie Zamawiającego przedmiotowy zarzut jest bezzasadny, a Odwołujący całkowicie pomija fakt, że sporządzenie sprawozdania finansowego wynika z uregulowań prawa w sferze rachunkowości i to ustawa o rachunkowości wyznacza, kiedy podmioty zobowiązane mają sporządzić sprawozdanie i do kiedy winno ono zostać zatwierdzone. Przepisy Pzp i rozporządzeń wykonawczych nie kształtują i nie mogą kształtować wobec wykonawców obowiązków sporządzania sprawozdań na potrzeby konkretnych postępowań o udzielenie zamówień publicznych, gdyż jest to już uregulowane ustawowo. W tym zakresie należy podzielić stanowisko prezentowane przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 19 maja 2011 r., w sprawie sygn. akt KIO 992/11, gdzie Izba stwierdziła: „Zasadniczy cel sporządzania sprawozdań finansowych wyznaczony jest sferą prawa podatkowego, rachunkowości, zasady kontynuacji działalności, czy wreszcie potrzeba realizacji obowiązku informacyjnego wobec innych uczestników obrotu gospodarczego czy nadzoru właścicielskiego. Nie są to zatem dokumenty sporządzane bezpośrednio na potrzeby publiczne i z tym postępowaniem z natury sprzężone, choć postępowania o zamówienie wykorzystywane dla zbadania zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy. Nie jest naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców uznanie za miarodajne dokumentów złożonych przez tych wykonawców, dysponują sprawozdaniem finansowym wraz z opinią biegłego rewidenta za miniony rok obrotowy z jednoczesnym uznaniem sprawozdania finansowego złożonego za miniony rok obrotowy bez opinii biegłego rewidenta w warunkach, kiedy na jej sporządzenie z mocy właściwych dla tej czynności przepisów termin jeszcze nie upłynął. Zakładanie z góry, że wszyscy wykonawcy, zamierzając ubiegać się o zamówienie

---

publiczne winni zadbać o uzyskanie wymaganych dla tego postępowania dokumentów, co do których termin wymagania w myśl właściwych dla tych dokumentów jeszcze nie upłynął, zawiera element dyskryminujący takie podmioty które na podstawie umowy albo statutu posiadają indywidualny inny niż kalendarzowy rok obrotowy".

Zamawiający wskazywał, że z uwagi na fakt, że zgodnie z art. 53 ust. 1 ustawy o rachunkowości, zatwierdzenie rocznego sprawozdania finansowego musi nastąpić nie później niż w terminie 6 miesięcy od dnia bilansowego (co do zasady 31 grudnia roku

poprzedzającego), nie miał podstaw do żądania od wykonawcy sprawozdania finansowego za 2016 r., gdyż sprawozdanie takie co do zasady mogło nie zostać jeszcze zatwierdzone przed upływem terminu do składania ofert, ani nawet poddane badaniu przez biegłego rewidenta. Wykonawca był natomiast zobowiązany do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu na podstawie przebadanego i zatwierdzonego sprawozdania finansowego.

Zamawiający twierdził, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że w odniesieniu do Konsorcjum, podmiot wykazujący spełnienie warunków udziału w postępowaniu, na dzień upływu terminu do składania ofert miał zatwierdzone i zbadane sprawozdanie finansowe.

W toku posiedzenia z udziałem stron pismo procesowe złożył również wykonawca przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – T..

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

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje 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.

28

Izba po rozpoznaniu zgłoszonych zarzutów uznała, że odwołanie podlega oddaleniu. Zarzuty zostały rozpoznane przez Izbę w poniższej kolejności:

1. Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp

Po zbadaniu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie Izba stwierdziła, że zarzut zgłoszony zarzut należy uznać za zasadny.

Z ustaleń Izby wynika, że Zamawiający w piśmie z dnia 18 sierpnia 2017 r., zawierającym informację o wyborze oferty wykonawcy T., jako najkorzystniejszej, podał punktację przyznaną poszczególnym ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację. W treści pisma, w kryterium DPW, Zamawiający podał jedynie ilość punktów (13 pkt). Natomiast nie opisał okoliczności faktycznych, skutkujących przyznaniem ofercie Odwołującego w kryterium DPW, takiej, a nie innej liczby punktów.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Biorąc pod uwagę powyższe wskazać należy, że ustawodawca treścią art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp nałożył na Zamawiającego obowiązek niezwłocznego poinformowania wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty, o punktacji przyznanej ofertom, w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji wraz z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego, wskazywanej czynności. Izba stwierdziła, że z treści powołanego przepisu wprost wynika, że Zamawiający nie powinien ograniczać się jedynie do podania „suchych liczb", w każdym z opisanych kryteriów oraz łącznej punktacji, którą uzyskała dana oferta ale powinien szczegółowo opisać wszystkie okoliczności, związane z uzyskaniem przez wykonawcę, określonej liczby punków w danym kryterium. Wobec tego nie budzi żadnych wątpliwości, że taki opis powinien zawierać także dokładny opis powodów nie przyznania, określonej liczby punków, w ramach danego kryterium.

29

W kontekście powyższego Izba doszła do przekonania, że treść informacji z 18

sierpnia 2017 r. nie spełnia wymagań art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp, ponieważ w jej treści, nie podano jakiekolwiek uzasadnienia faktycznego, odnoszącego się do punktacji przyznanej ofercie Odwołującego w kryterium DPW. Zamawiający w treści pisma podał jedynie liczbę punktów przyznaną ofercie wykonawcy A., nie wyjaśniając przy tym powodów, nie uwzględnienia całego doświadczenia wykazywanego przez wykonawcę w złożonej ofercie.

Dopiero na wniosek wykonawca A. otrzymał arkusz oceny oferty Odwołującego, w którym zawarto informację, że Zamawiający w kryterium DPW w odniesieniu do Kierownika Robót nie uwzględnił doświadczenia wskazanego w pierwszych trzech pozycjach wykazu (załącznika nr 11 do IDW) , nabytego w ramach projektów: 1) Ł.U.N.L., 2) P. - C., 3) C. T. — P.. W opisie doświadczenia podano „nie uwzgl. ETCS".

Zgodzić się należy z Odwołującym, że dyspozycja art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp obliguje Zamawiającego do poinformowania niezwłocznie wszystkich wykonawców o sposobie, w jaki przyznawał punktację, w każdym kryterium oceny ofert, wraz z podaniem z jakiego tytułu przyznał punkty wykonawcom w danym kryterium i dlaczego w danym kryterium nie przyznał punktów poszczególnym wykonawcom. W szczególności, z jakich powodów nie przyznał ofercie Odwołującego 20 punktów, w kontekście wszystkich projektów, realizowanych przez Pana P.G..

Odwołujący w toku rozprawy przedstawił dowód w postaci pisma z dnia 6 września 2017 r. – „zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty" - skierowanego do Odwołującego przez Zamawiającego w ramach postepowania nr 2. W treści zawiadomienia Zamawiający szczegółowo opisał okoliczności faktyczne, związane z przyznaniem ofertom poszczególnych wykonawców określonej liczby punktów w ramach danego kryterium.

Powyższe dowodzi tego, że Zamawiający, mając świadomość obowiązków, wynikających z treści art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp w innym rozstrzygnięciu szczegółowo podał uzasadnienie faktyczne czynności, związane z przyznanie określonej liczby punktów w danym kryterium. Podania tych informacji dopiero w odpowiedzi na odwołanie Izba uważa za nieprawidłowe i wywierające skutek w postaci stwierdzenia naruszenia przepisu art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp. Jednakże nie sposób pominąć tego, że ostatecznie Odwołujący posiadł informacje wystarczające do tego, aby sformułować w sposób właściwy zarzuty odwołania. Wobec tego Izba stwierdziła, że w rozpoznawanej sprawie potwierdzenie się zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp pozostaje bez wpływu na wynik prowadzonego postępowania.

---

2. Zarzut zaniżenia punktacji w kryterium DPW - art. 7 ust. 1 i 3 oraz 91 ust. 1 i 2d Pzp

Z ustaleń Izby wynika, że Zamawiający określił w sekcji 20.7 IDW następujące kryteria oceny ofert: „20.7. W celu oceny ofert Zamawiający przyjmuje następujące kryteria:

a) Całkowita cena brutto - waga: 60%;

b) Termin realizacji - waga 20% ;

c) Doświadczenie personelu Wykonawcy - waga 20%".

W kryterium DPW określił metodę przyznawania punktacji w następujący sposób:

3) Doświadczenie personelu wykonawcy

Kryterium doświadczenie będzie rozpatrywane na podstawie doświadczenia poszczególnych członków personelu Wykonawcy, wg zasad opisanych poniżej.

Na wagę kryterium składają się wagi przypisane do poszczególnych członków personelu, wskazane w pkt a) - b) poniżej.

a) Kierownik Robót w zakresie urządzeń przytorowych ETCS - waga 10%

- w ciągu ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert nabył co najmniej 10 miesięczne doświadczenie (na każdej inwestycji) na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót lub Inspektora Nadzoru (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) w zakresie sterowania ruchem kolejowym i w zakresie zabudowy systemu ETCS na robotach związanych z Budową lub Przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym i w zakresie zabudowy systemu ETCT.

Jeżeli oferent wykaże się doświadczeniem co najmniej:

- w realizacji dwóch [2| inwestycji wskazanych w powyższym warunku - 3 pkt
- w realizacji trzech [3] inwestycji wskazanych w powyższym warunku - 6 pkt
- w realizacji czterech [4] inwestycji wskazanych w powyższym warunku - 10 pkt.

b) Projektant w zakresie urządzeń przytorowych ETCS - waga 10%

- w ciągu ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert zrealizował projekt związany z projektowaniem w zakresie urządzeń sterowania ruchem

kolejowym (stacyjnych, blokad liniowych, urządzeń przejA.owych, zdalnego sterowania - LCS) lub systemów bkjp (bezpiecznej kontroli jA.y pociągu).

Jeżeli oferent wykaże się doświadczeniem co najmniej:

- w realizacji dwóch [2] inwestycji wskazanych w powyższym warunku - 3 pkt

---

- w realizacji trzech [3] inwestycji wskazanych w powyższym warunku - 6 pkt
- w realizacji czterech [4] inwestycji wskazanych w powyższym warunku - 10 pkt.

W dniu 18 sierpnia 2017 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego informacją na temat punktacji poszczególnych wykonawców, uwzględniającej szczegółowe rozbicie na określone kryteria. Oferta Odwołującego została oznaczona nr 1.

Liczba pkt w kryterium: Liczba pkt w kryterium: Łączne Numer Liczba pkt w kryterium: „Doświadczenie

„Termin realizacji oferty „Całkowite cena brutto" punktacja zamówienia" personelu Wykonawcy" oferty

1 80,00 30,00 13,00 93,00
2 55,84 95,84 20,00 20,00
3 50,30 66,30 00,00 10,00

Izba ustaliła, że podstawą do dokonania oceny w zakresie kryterium DPW były informacje zawarte w Załączniku nr 11 do IDW.

Odwołujący złożył żądany załącznik, w którym dla Kierownika Robót Pana P.G. wskazał 5 projektów, przy czym w zakresie pierwszych trzech projektów: 1) Ł.U.N.L., 2) P. - C., 3) C. T. — P., w opisie doświadczenia nie wskazano, że projekty te dotyczyły zabudowy systemu ETCT. Natomiast dla pozostałych projektów: 4) P. –K., 5) K. – B. – granica państwa A. - S. Odwołujący w opisie doświadczenia posłużył się wprost stwierdzeniem „zabudowa systemu ETCS".

W związku z powyższym, Zamawiający nie uwzględnił trzech pierwszych projektów przy punktacji, gdyż z opisu nie wynikało, że spełniają one postawione przez Zamawiającego wymagania.

W toku rozprawy Odwołujący jako dowód przedłożył referencję z dnia 4 września 2017 r., w której potwierdzono, że „częścią projektów modernizacji urządzeń sterowania ruchem kolejowym realizowanym przez firmę A. nazywanych:

- Kierowanie robotami budowlanymi w zakresie sterowania ruchem kolejowym na robotach związanych z przebudową infrastruktury kolejowej na łącznicy U. w R. C.,
- Kierowanie robotami budowlanymi w zakresie sterowania ruchem kolejowym na robotach związanych z przebudową infrastruktury kolejowej na linii kolejowej P. - S. w R.C.,
- Kierowanie robotami budowlanymi w zakresie sterowania ruchem kolejowym na robotach związanych z przebudową infrastruktury kolejowej na łącznicy K. I linii kolejowej C. T.-P. w R.C.

była również implementacja interfejsów oraz przygotowanie systemów do współpracy z systemem ETCS poziom 2 jak również fizyczne przygotowanie do podłączenia systemów stacyjnych do systemu ETCS poziom 2. Ponadto potwierdzamy, że Ing. P.G. na wszystkich wskazanych projektach pełnił rolę menażera projektu (Kierownika robót) ze strony A.P. T.r.o. (…)".

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, że zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz z zasadami

proporcjonalności i przejrzystości. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (ust. 3).

Według art. 91 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Natomiast przepis art. 91 ust. 2d stanowi, że Zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców.

Osią sporu w niniejszej sprawie jest kwestia, związana z punktacją, przyznaną Odwołującemu, w ramach kryterium DPW. Rozstrzygniecie zarzutu wymaga odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający prawidłowo przyznał punkty wykonawcy A. w ramach kryterium DPW ? Zdaniem Izby, na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej.

Biorąc pod uwagę ustalenia opisane powyżej Izba stanęła na stanowisku, że prawidłowo zachował się Zamawiający nie przyznając Odwołującemu punktów w zakresie projektów, wskazanych w pierwszych trzech pozycjach załącznika nr 11 do IDW.

Nie budzi żadnych wątpliwości Izby, że przytoczoną powyżej treścią specyfikacji Zamawiający sprecyzował, że będzie punktował określony rodzaj doświadczenia poszczególnych członków personelu wykonawcy, w tym m. in. doświadczenie Kierownika Robót. Zatem wykonawca chcący uzyskać punkty w tym kryterium zobowiązany był dla osoby, mającej pełnić funkcję Kierownika Robót, wykazać odpowiednie doświadczenie wymagane przez Zamawiającego w specyfikacji.

Izba uznała, że Zamawiający w sposób jasny i czytelny sformułował treść SIWZ, dlatego też nie może być mowy o wystąpieniu wątpliwości co do tego, jakim doświadczeniem powinien legitymować się wykonawca, który chce uzyskać dodatkową punktację. W treści zacytowanego warunku Zamawiający odwołał się do doświadczenia w zakresie zabudowy ETCT. Wobec tego nie budzi żadnych wątpliwości Izby, że wykonawca chcąc uzyskać dodatkowe punkty w tym kryterium zobligowany był w stosownym dokumencie, jakim był załącznik 11 do IDW, w sposób jednoznaczny wskazać, że nabyte doświadczenie Kierownika Robót obejmuje zabudowę ETCT.

W związku z tym, że Odwołujący w złożonym załączniku w odniesieniu do Kierownika Robót Pana P.G. jedynie w dwóch projektach (P.-K., 5) K.-B. – granica państwa A.-S.) na pięć zawartych w wykazie, w opisie doświadczenia wskazał, że projekty te dotyczyły zabudowy systemu ETCS, to Zamawiający słusznie nie przyznał Odwołującemu w kryterium DPW maksymalnej liczby punktów, a odpowiednio mniej, tj. 13 pkt.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, prezentowanego w toku rozprawy, które opierało się na tym, że doświadczenie Kierownika Robót w tym zakresie nie musi być pełnym doświadczeniem w zakresie zabudowy ETCS, a wystarczającym jest, aby osoba Kierownika Robót posiadała doświadczenie w zakresie budowy bądź przebudowy infrastruktury kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym i zakresie zabudowy systemu ETCT. Z powyższego wyłącza się takie elementy jak podłączenia szaf.

Jednak nawet gdyby uznać słuszność twierdzeń Odwołującego, z czym Izba się nie zgadza, to zdaniem Izby nawet cząstkowe doświadczenie w zakresie zabudowy systemu ETSC należało wskazać w odpowiednim dokumencie jakim był rzeczony załącznik nr 11 do IDW. Izba zwraca uwagę, że wykonawca A. nie podał nawet takich informacji w odniesieniu do pierwszych trzech pozycji. Wobec tego nie sposób uznać, że treść ww. wykazu (pierwsze trzy 34

pozycje) jest wystarczająca do przyznania Odwołującemu dodatkowych punktów w ramach kryterium DPW.

Wobec tego Izba stwierdziła, że treść referencji złożonej przez Odwołującego w toku rozprawy potwierdza jedynie, że doświadczenie Pana P.G. zawiera tylko wycinek doświadczenia, wymaganego przez Zamawiającego w zakresie systemów ETCT.

Podsumowując Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 i 3 Pzp a także art. 91 ust. 1 i ust. 2d Pzp.

3. Zarzut zaniechania wyjaśnień DPW - art. 26 ust. 6 Pzp oraz art. 26 ust. 4 Pzp i a art. 7 ust. 1 Pzp

Po przeprowadzeniu analizy zasadności zgłoszonych zarzutów Izba uznała je za całkowicie chybione.

W pkt 20.4 IDW Zamawiający sprecyzował, że ocena ofert pod kątem zgodności z wymaganiami Zamawiającego zostanie dokonana wyłącznie na podstawie analizy dokumentów, jakie wykonawca zawarł w swojej ofercie.

Z ustaleń Izby wynika, że Odwołujący złożył w dwóch miejscach tożsame informacje w zakresie doświadczenia Kierownika Robót Pana P.G. (Załącznik nr 9 i 11 do IDW), gdzie w pierwszych trzech pozycjach brak jest odniesienia do zabudowy ETCS natomiast pozostałe pozycje takie odniesienie zawierają.

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.

Przepis art. 25 ust. 1 Pzp stanowi, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postepowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

1) spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,

2) spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,

3) brak podstaw wykluczenia

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Zgodnie z art. 26 ust. 6 Pzp wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2014 r., poz. 1114 oraz z 2016 r. poz. 352).

Przepis § 10 ust. 2 rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126) - dalej: „rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów" stanowi, że w przypadku wskazania przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w § 2, § 5 i § 7, które znajdują się w posiadaniu zamawiającego, w szczególności oświadczeń lub dokumentów przechowywanych przez zamawiającego zgodnie z art. 97 ust. 1 ustawy, zamawiający w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy, korzysta z posiadanych oświadczeń lub dokumentów, o ile są one aktualne.

Rozstrzygnięcie zgłoszonych zarzutów wymaga odniesienia się do kwestii, związanej z koniecznością wystąpienia przez Zamawiającego do Odwołującego o wyjaśnienia w zakresie doświadczenia, którym legitymował się Kierownik Robót Pan P.G.. Ponadto wymaga analizy w aspekcie możliwości skorzystania przez Odwołującego z uprawnienia wskazanego w art. 26 ust. 6 Pzp.

Zdaniem Izby podkreślenia wymaga, że Zamawiający niezmiennie twierdził, zarówno w odpowiedzi na odwołanie jak również w toku rozprawy, że nie miał żadnych wątpliwości związanych z doświadczeniem wskazanym dla osoby Kierownika Robót Pana P.G.. Zamawiający wyjaśniał, że Odwołujący konsekwentnie zarówno w Załączniku nr 11, jak i w Załączniku nr 9 do IDW - Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia - który złożył wraz z ofertą w odniesieniu do pierwszych trzech projektów nie wskazywał na to, że dotyczą

one zabudowy ETCS, a w dwóch kolejnych projektach potrafił już wpisać, że projekty obejmowały również zabudowę ETCT. Na podstawie takich opisów, Zamawiający nie miał wątpliwości, że pierwsze trzy projekty nie obejmują zabudowy ETCS, a przynajmniej, że opis nie potwierdza spełnienia wymogów postawionego przez Zamawiającego w SIWZ, dlatego też

nie przyznał Odwołującemu punktów w tym zakresie.

Zatem skoro opis doświadczenia Kierownika Robót Pana P.G. był jasny i nie budził żadnych zastrzeżeń Zamawiającego, to nie było podstawy do tego, aby Zamawiający wyjaśniał jakiekolwiek okoliczności związane z doświadczeniem Kierownika Robót. W ocenie Izby taką okolicznością nie jest również przypadek, związany z tym, że Odwołujący na podstawie jasnego czytelnego opisu doświadczenia personelu nie uzyskał maksymalnej liczby punktów.

Za nietrafną Izba uznała także argumentację Odwołującego, który w toku rozprawy podnosił, że Zamawiający w dniu 11 sierpnia 2017 r. kierował wezwanie do wyjaśnień do wykonawcy T. na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp w zakresie uprawnień Kierownika Robót sterowania ruchem. Zatem skoro Zamawiający kierował takie wezwanie do wykonawcy T. to również na tej samej podstawie mógł wystąpić do Odwołującego o wyjaśnienie okoliczności, związanych z doświadczeniem Kierownika Robót Pana Pawła P.G..

W tym zakresie Izba podziela stanowisko Zamawiającego, który wyjaśniał, że nie miał żadnych wątpliwości co do treści dokumentów odnoszących się do doświadczenia Kierownika Robót, ponieważ wykonawca zróżnicował ich treść. Poza tym Zamawiający wyjaśniał, że nie miał podstawy do występowania do wykonawcy A. o wyjaśnienia na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, ponieważ okoliczności na które powołuje się wykonawca nie dotyczyły warunku udziału w postępowaniu, a jedynie dotyczyły punktacji w kryterium. Zupełnie odmiennie niż w przypadku wykonawcy T., gdzie Zamawiający kierował wezwanie do wyjaśnień, które odnosiło się do spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Izba zwraca także uwagę, że kwestia opisu doświadczenia Kierownika Robót Pana P.G., które miało posłużyć wykonawcy A. do uzyskania dodatkowych punktów nie mogła podlegać w żaden sposób uzupełnieniu lub wyjaśnieniu, gdyż nie mieściła się ona w ramach warunków udziału w postępowaniu lecz składała się na pozacenowe kryteria oceny ofert, co skutkuje tym, że dokumenty w tym zakresie nie mogą podlegać procedurze opisanej w treści przepisu art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, który wprost odwołuje się do przepisu art. 25 ust. 1 Pzp,

dotyczącego oświadczeń i dokumentów, mających potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Izba stanęła na stanowisku, że analogiczna argumentacja znajduje zastosowanie w zakresie rozumienia przepisu art. 26 ust. 6 Pzp, do treści którego odwoływał się wykonawca A..

Przemawia za tym fakt, że w treści ww. przepisu ustawodawca również wprost odwołał się do przepisu art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 Pzp. Tym samym Izba stwierdziła, że Odwołujący, w rozpoznawanym przypadku nie może powoływać się na treść przepisu art. 26 ust. 6 Pzp z uwagi na to, że dokumenty związane z doświadczeniem Kierownika Robót Pana P.G. nie mieszczą w katalogu dokumentów, opisanych w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 Pzp, a są dokumentami mającymi posłużyć wykonawcy A. do uzyskania dodatkowych punktów w ramach kryterium DPW.

W tym miejscu należy również zwrócić uwagę na treść omawianego przepisu w kontekście przepisu § 10 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, który nakłada obowiązek wskazania przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w § 2 (dokumenty składane w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, dotyczące kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, sytuacji ekonomicznej lub finansowej, zdolności technicznej lub zawodowej), § 5 (dokumenty składane w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu) i § 7 (dokumenty dotyczące wykonawców, mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej), które znajdują się w posiadaniu zamawiającego, w szczególności oświadczeń lub dokumentów przechowywanych przez zamawiającego zgodnie z art. 97 ust. 1 ustawy. W ostatnim zdaniu komentowany przepis stanowi, że zamawiający w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy, korzysta z posiadanych oświadczeń lub dokumentów, o ile są one aktualne.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że omawiany przepis § 10 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, analogicznie jak przepis art. 26 ust. 6 Pzp odnosi się wprost do oświadczeń i dokumentów dotyczących potwierdzenia, ustanowionych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji (art. 25 ust. 1

pkt 1 Pzp) oraz braku podstaw do wykluczenia (art. 25 ust. 1 pkt 3 Pzp). Wobec tego nie sposób stwierdzić, że znajduje on zastosowanie również w sytuacji, związanej uzyskaniem

38

---

dodatkowej punktacji w ramach, określonych kryteriów oceny ofert. Po drugie, w przypadku gdyby wykonawca chciał skorzystać ze zwolnienia od złożenia określonych oświadczeń lub dokumentów, to powinien w takim przypadku obowiązkowo wskazać Zamawiającemu, że jest on już w posiadaniu tych dokumentów. Na taką powinność wykonawcy wskazuje wprost stwierdzenie zawarte w omawianym przepisie - tj. „W przypadku wskazania przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w § 2, § 5 i § 7, które znajdują się w posiadaniu zamawiającego".

W ocenie Izby nałożenie przez ustawodawcę zobowiązania na wykonawcę, decydującego się skorzystać z możliwości nie składania określonych dokumentów, obowiązku poinformowania Zamawiającego o posiadaniu tych dokumentów wydaje zupełnie racjonalne i uzasadnione, chociażby z uwagi na to, że Zamawiający zwyczajnie może nie zdawać sobie sprawy, że dysponuje określonymi dokumentami, które są przydatne w ramach prowadzonego postępowania.

W rozpoznawanej sprawie podkreślenia wymaga, że Odwołujący dopiero na etapie postępowania odwoławczego wskazał, że Zamawiający w ramach innego postępowania, tj. Postępowania nr 2 dysponuje dokumentami, potwierdzającymi doświadczenie Pana P.G., co w ocenie Izby jest nieprawidłowe, ponieważ takie wskazanie powinno mieć miejsce dużo wcześniej, tj. na etapie składania dokumentów, które miały potwierdzać doświadczenie Kierownika Robót.

Podsumowując, Izba w ramach rozpoznawanych zarzutów nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, art. 26 ust. 4 Pzp a także art. 26 ust. 6 Pzp.

4. Zarzut sprzeczności oferty wykonawcy T. z treścią SIWZ - art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp.

W zakresie omawianego zarzutu Odwołujący upatrywał naruszenia ww. przepisów Pzp z uwagi na to, że w oferta wykonawcy T. jest wewnętrznie sprzeczna, ponieważ na podstawie jej treści nie sposób stwierdzić, czy wykonawca powierzy wykonanie części zamówienia podwykonawcom, czy wykona całość zamówienia siłami własnymi.

Zgodnie z postanowieniami pkt 9.2 IDW w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, Jednolity Dokument składa każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

39

Nie było sporne, że wykonawca T., w ramach prowadzonego postępowania występował jako konsorcjum firm: T.P. Sp. z o.o. oraz T.A. GmbH. W związku z tym wykonawca złożył JEDZ odrębnie dla obu tych podmiotów. W JEDZ T.P. Sp. z o.o. (część IV, sekcja C, pkt 10) wykonawca wskazał, że zamierza powierzyć pewien zakres prac podwykonawcom. Natomiast w JEDZ T.A. GmbH podano, że wykonawca nie będzie zlecał podwykonawcom jakikolwiek prac.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 26 maja 2017 r., na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał wykonawcę T. do poprawienia JEDZ jednego z członków Konsorcjum.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca T. w dniu 31 maja 2017 r. wyjaśnił, że w omawianym zakresie doszło do omyłki. Ponadto wykonawca T. potwierdził, że zamierza powierzyć część przedmiotu zamówienia podwykonawcom, w związku z czym JEDZ T.A. GmbH wymaga poprawienia. Wraz z wyjaśnieniami wykonawca złożył poprawiony JEDZ T.A. GmbH.

Ponadto Izba ustaliła, że w JEDZ T.P. Sp. z o.o. zawarł szczegółowe dane na temat przewidywanego podwykonawstwa.

Według art. 26 ust. 3 Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo

ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Natomiast przepis art. 87 ust. 1 Pzp stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

40

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Natomiast art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi, że Zamawiający poprawia w ofercie omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Rozpoznanie zasadności zgłoszonych zarzutów wymaga odpowiedzi na pytanie, czy treść oferty wykonawcy T. jest niezgodna z treścią specyfikacji i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp? Izba stanęła na stanowisku, że w omawianym przypadku Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy T. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodnej z treścią siwz.

Na wstępie rozpoznania zarzutu Izba wskazuje, że w kwestii stosowania art. 26 ust. 3 Pzp, w odniesieniu do oświadczeń złożonych w formularzu JEDZ w pełni popiera stanowisko wyrażone w wyroku Izby z dnia 12 kwietnia 2017 r. o sygn. akt KIO 588/17, 591/17, w którym Izba stwierdziła, że „Oświadczenia złożone na formularzu JEDZ podlegają stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp uzupełnieniu lub poprawie, jeśli są one niekompletne, zawierają błędy lub budzą wątpliwości. Treść oświadczeń złożonych w JEDZ podlega wyjaśnieniom w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp". Analogiczne stanowisko Izba zajęła w sprawie o sygn. akt KIO 2199/16.

W omawianym stanie faktycznym z poczynionych ustaleń wynika, że treść dokumentów JEDZ złożonych przez konsorcjantów: T.P. Sp. z o.o. oraz T.A. GmbH w zakresie udziału podwykonawców w realizacji zamówienia jest odmienna. W związku z tym nie budzi żadnych wątpliwości Izby, że Zamawiający zwrócił się do Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp o poprawienie ww. dokumentów. Na żądanie Zamawiającego Przystępujący w dniu 31 maja 2017 r. złożył wyjaśnienia oraz poprawiony dokument JEDZ oraz T.A. GmbH.

Izba stanęła na stanowisku, że opisanego powyżej toku prowadzonego postępowania nie można uznać za jakiekolwiek negocjacje pomiędzy wykonawcą T. a Zamawiającym, skutkujące zmianą treści oferty, a jedynie za standardową procedurę, mająca na celu wyeliminowanie błędów, w jednym ze złożonych przez Przystępującego, dokumentów JEDZ. Tym samym, w ocenie Izby, nie sposób uznać, że Zamawiający swoim postępowaniem
dopuścił się naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp

41

W tym miejscu zaznaczenia wymaga, że w rozpoznawanym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z sytuacją, gdy wykonawca pierwotnie oświadcza, że będzie wykonywał zamówienie własnymi siłami a następnie na wezwanie Zamawiającego, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp dokonuje zmiany oświadczenia, przez wskazanie, że w ramach realizacji zamówienia będzie zlecał wykonanie części przedmiotu zamówienia podwykonawcom. Z całą stanowczością podkreślić należy, że już pierwotnie w dokumencie JEDZ T.P. Sp. z o.o. oświadczył, że będzie zlecał wykonanie określonych części zamówienia podwykonawcom, precyzując przy tym procentowy udział oraz nazwy podwykonawców.

W związku z powyższym Izba dała wiarę wyjaśnieniom Przystępującego składanym w toku rozprawy, że była to jedynie omyłka wynikająca z tego, że T.P. Sp. z o.o. i T.A. GmbH po raz pierwszy składały oferty w konsorcjum. Podział obowiązków pomiędzy konsorcjantami w tym zakresie przewidywał, że to właśnie T.P. Sp. o.o. będzie zajmować się podwykonawcami, dlatego też to właśnie ten wykonawca we własnym JEDZ-u opisał dokładnie kwestie podwykonawstwa. W związku z tym T.A. GmbH w swoim JEDZ-u wskazał, że nie będzie

korzystał z podwykonawców, co należy uznać jedynie za zwykłą omyłkę.

W zakresie powoływanego przez Odwołującego orzecznictwa TSUE Izba zgadza się z twierdzeniami Przystępującego, który twierdził, że „jest ono nieadekwatne do zarzucanego Zamawiającemu naruszenia. Orzeczenia te stanowią, nie o zakazie prowadzenia wyjaśnień pewnych elementów oferty, ale o zakazie prowadzenia negocjacji pomiędzy Zamawiającym jak i wykonawcami, które mogłyby prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Nadto przywołane wyroki stanowią o braku podstaw do składania przez wykonawców po upływie terminu na składanie ofert dokumentów, których nie zawierała pierwotna oferta, takie jak umowa dotycząca zamówienia realizowanego przez podmiot trzeci, czy też jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy środków niezbędnych do realizacji zamówienia. Przywołane orzeczenia nie negują ogólne zasady dotyczącej prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień oraz uzupełnień dokumentów i oświadczeń, jak i nie stanowią o bezwzględnym zakazie poprawiania w ofercie powstałych omyłek, takich jak ta, która miała miejsce w przypadku JEDZ T.A. GmbH".

Podsumowując powyższe, Izba stwierdziła, że Zamawiający, dostrzegając niejednolitość treści dokumentów JEDZ-ów, złożonych przez T.P. Sp. z o.o. i T.A. GmbH w zakresie udziału podwykonawców, zachował się prawidłowo, wzywając Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do poprawienia dokumentu JEDZ. Na wezwanie Zamawiającego

Przystępujący złożył poprawiony JEDZ dla T.A. GmbH, co skutkowało ujednoliceniem treści obu oświadczeń JEDZ w zakresie korzystania z udziału podwykonawców na etapie realizacji zamówienia. Wobec tego Izba nie stwierdziła niezgodności treści oferty wykonawcy T. z treścią siwz i uznała zarzuty zgłoszone przez Odwołującego - w zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp a także przepisów art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp - za niezasadne.

5. Zarzut nieskuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę T. - art. 96 ust. 3 Pzp oraz art. 8 ust. 1 i 3 Pzp

Analiza zarzutów podniesionych przez Odwołującego, które odnosiły się niezasadnego zastrzeżenia przez wykonawcę T. w zakresie dokumentów zastrzeżonych w ofercie oraz tych złożonych przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego doprowadziła Izbę do wniosku, że zgłoszone zarzuty należy uznać za spóźnione.

Izba w odniesieniu do rozpoznawanych zarzutów ustaliła następujący stan faktyczny:

Odwołujący, po wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 11 kwietnia 2017 r., zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie oferty wykonawcy T.. Zamawiający w dniu 19 kwietnia 2017 r. udostępnił Odwołującemu ądane dokumenty, za wyjątkiem zastrzeżonych przez wykonawcę T. dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Kolejno pismem z dnia 19 kwietnia 2017 r. Odwołujący wystąpił z prośbą o podanie informacji czy Zamawiający zweryfikował już zastrzeżenia części ofert jako tajemnica przedsiębiorstwa. Niezależnie od powyższego Odwołujący wnioskował o odtajnienie pozostałej części oferty wykonawcy T..

W odpowiedzi na powyższe pismo, Zamawiający w formie elektronicznej, e-mailem z dnia 24 maja 2017 r., przekazał część dokumentów, które odtajnił z równoczesnym powiadomieniem, że pozostałe dokumenty pozostają tajemnicą przedsiębiorstwa.

Ponadto, Odwołujący w dniu 19 sierpnia 2017 r. zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie mu całości korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą T., w tym wszelkich wezwań do przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1, 3 i 3a ustawy. W

odpowiedzi Zamawiający w dniu 22 sierpnia 2017 r. przekazał Odwołującemu jedynie część dokumentacji postępowania, za wyjątkiem następujących dokumentów T.:

d) części odpowiedzi nr 2 wykonawcy T. z dnia 31 maja 2017 r. w zakresie wskazania nazw oraz podziału procentowego podzlecanej części zamówienia oraz pkt. 10 na stronie 16 JEDZ T.A. GmbH;
e) części odpowiedzi nr 1 wykonawcy T. z dnia 16 sierpnia 2017 r.

f) zastrzeżonej części pisma wykonawcy T. wykonanego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp (pismo z dnia 16 czerwca 2017 r.).

Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8

Wobec tego Izba stwierdziła, że w dniu 24 maja 2017 r. Odwołujący otrzymał informację, że Zamawiający zakończył proces badanie zasadności zastrzeżenia przez wykonawcę T., określonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Wynika to wprost z faktu, że, jak twierdzi Odwołujący, Zamawiający udostępnił Odwołującemu określony katalog informacji, które uznał za jawne, natomiast pozostałe dokumenty uznał za tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy T., dlatego też nie zostały one udostępnione wykonawcy A.. Z powyższego jasno wynika, że Zamawiający zakończył już czynność badania oferty wykonawcy T., pod kątem występowania w niej informacji, które mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzić należy, że 10-dniowy termin na wniesienie odwołania rozpoczął bieg od momentu przesłania Odwołującemu informacji o czynności stanowiącej podstawę jego wniesienia, a w rozpoznawanej sprawie - od momentu przesłania informacji o odmowie przekazania w pełnym zakresie dokumentów żądanych przez wykonawcę A.. W związku z tym, początkiem biegu terminu dla odwołania, odnoszącego się do odmowy udostępnienia informacji jest dzień następny, po dniu tej czynności Zamawiającego, tj. 25 maja 2017 r. W związku z powyższym stwierdzić należy, że termin na wniesienie odwołania w zakresie zaniechania odtajnienia żądanych przez Odwołującego dokumentów wykonawcy T. upłynął w dniu 5 czerwca 2017 r. Tym samym Izba uznała, że

---

podniesienie zarzutów w omawianym zakresie dopiero w odwołaniu z dnia 28 sierpnia 2017 r. należy uznać za spóźnione.

Odwołujący wskazał również, że w dniu 19 sierpnia 2017 r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o przekazanie dokumentacji. W dniu 22 sierpnia 2017 r. - w tym zakresie - otrzymał od Zamawiającego odpowiedź odmowną.

Z ustaleń dokonanych przez Izbę w oparciu o dokumentację postępowania wynika, że katalog informacji, których ujawnienia domagał się Odwołujący dotyczył informacji, które zostały pierwotnie zastrzeżone w ofercie Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa. W związku z tym, że Przystępujący nie zastrzegł w swych wyjaśnieniach i uzupełnieniach żadnych nowych informacji poza tymi wskazanymi w ofercie Izba uznała, że wniosek Odwołującego z dnia 19 sierpnia 2017 r. nie może stanowić podstawy do przywrócenia terminu do wniesienia odwołania, który upłynął w dniu 5 czerwca 2017 r.

W związku z brakiem możliwości merytorycznego rozpoznania przez Izbę zarzutów, dotyczących nieskutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stwierdzić należy, że dowody złożone przez Odwołującego w postaci:

- ujawnionych dokumentów podwykonawców wykonawcy T. w związku z wyrokiem Izby z dnia 28 lipca 2017 r. Sygn. akt KIO 1460/17,
- kopii umów: nr 90/107/0013/13/Z/I z dnia 24 lipca 2013 r., nr 90/121/0009/11/Z/I z dnia 26 sierpnia 2009 r., nr 90/121/0002/11/Z/I z dnia 5 sierpnia 2011 r.
- wydruków z portali społecznościowych w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski dla osób: S.K., G. S., M. P., A P.,

- należy uznać za zbędne.

6. Czyn nieuczciwej konkurencji – art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k.

a) Zarzut zastrzeżenia dokumentacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. 45

Według art. 3 ust. 1 UZNK. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Przepis art. 15 ust. 1 pkt 3 UZNK stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie dostępu do rynku, w szczególności przez: rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie innych klientów.

Izba stwierdziła, że Odwołujący zarówno w treści odwołania jak również w toku rozprawy nie wskazał konkretnie jakie dokumenty i w jakim zakresie wykonawca T. zastrzegł nadmiernie i wyłącznie w celu utrudnienia uczciwej konkurencji.

Odwołujący przedstawił jedynie argumentację prawną, którą oparł jedynie na ogólnikowym wskazaniu, że w zastrzeżonej przez wykonawcę T. znacznej części oferty upatruje czynu niedozwolonego, gdyż T. posiada informacje o tym, że część jego oferty w innych postępowaniach była już ujawniana, a mimo wszystko kolejno zastrzega tego rodzaju informacje, jako poufne. Izba zwraca uwagę, że Odwołujący nie sprecyzował jakie dokumenty, w jakiej części, a także w jakim postępowaniu zostały w sposób nieprawidłowo zastrzeżone przez Przystępującego.

Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie prezentowanego stanowiska, że wykonawca T. zastrzega nieprawnie informacje jedynie w celu utrudnienia uczciwej konkurencji. Dowodem takim w szczególności nie mogą być ujawnionych dokumenty podwykonawców wykonawcy T. w związku z wyrokiem Izby z dnia 28 lipca 2017 r. Sygn. akt KIO 1460/17, gdyż w uzasadnieniu wyroku Izba stwierdziła jedynie, że wykonawca nie podołał obowiązkowi właściwego wykazania w odpowiednim czasie, że zastrzeżone przez niego informacje (dokumenty jednolite podwykonawców oraz informacja z KRS oraz informacja ceidg), stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Cyt. „(…) Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył wskazane przez odwołującego przepisy art. 8 ust. 1 i art. 8 ust. 3 Pzp, przez zaniechanie czynności odtajnienia części oferty przystępującego, co do której nie wykazano aby stanowiła tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy. (…)". W ocenie Izby w takiej sytuacji nie zostało w sposób jednoznaczny przesądzone, czy zastrzeżone informacje posiadają czy też nie posiadają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa, a jedynie, że nie zostało przez wykonawcę w sposób prawidłowo wykazane, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK.

Odnosząc się zaś do dowodów złożonych przez Odwołującego w postaci:

- Pisma z dnia 6 lipca 2017 r., podpisanego przez Dyrektora Departamentu Ochrony Konkurencji Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Pana Wojciecha Dorabialskiego,
- Pisma wykonawcy A. z dnia 13 lipca 2017 r. skierowane do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w sprawie udzielenia wyjaśnień i interpretacji,
- Pisma z dnia 30 sierpnia 2017 r. podpisanego przez Dyrektora Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych Pana B. A.,

- Izba uznała, że nie mają one znaczenia dla rozpoznawanego zarzutu.

W piśmie z dnia 6 lipca 2017 r., które zostało podpisanego przez Dyrektora Departamentu Ochrony Konkurencji Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wskazano jednoznacznie, że organ wydający pismo uznaje się za niewłaściwy w zakresie wyjaśnień i interpretacji postępowań przetargowych, opartych na przepisach Pzp.

Natomiast w piśmie z dnia 30 sierpnia 2017 r., które zostało podpisane przez Dyrektora Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych stwierdzono m. in., że dokonanie przez UZP oceny prawnej określonych okoliczności faktycznych, jest możliwe wyłącznie po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego albo kontrolnego z urzędu lub na wniosek zainteresowanego podmiotu w trybie określonym w art. 165 i nast. Pzp. Ponadto zaznaczono, że Prezes UZP nie jest organem właściwym do dokonywania interpretacji przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Z powyższego płynie oczywisty wniosek, że z UOKIK nie uznała się za organ władny do rozstrzygnięcia tego rodzaju zarzutów, natomiast z treści pisma UZP płynie wniosek, że UZP może rozstrzygnąć tego rodzaju zarzuty jednak w oparciu o konkretny stan faktyczny.

W związku z powyższym Izba oddaliła zgłoszony zarzut.

b) Zarzut utrudniania Odwołującemu dostępu do rynku

W zakresie rozpoznawanego zarzutu Izba ustaliła, że:

47

Zgodnie z sekcją 4.8 Interfejsy (strona 46 z 100) TOM III SIWZ - Program Funkcjonał no-Użytkowy (dalej: „PFU") Wykonawca jest odpowiedzialny za integrację interfejsów. W PFU wskazuje się, że:

4.8 Interfejsy

1. Wykonawca zobowiązany do stosowania protokołu Euroradio+/Subset098, zgodnego ze specyfikacją „UNISIG SUBSET-098 RBC-RBC Safe Communication Interface" wersja 3.0.0 - pozycja 63 listy specyfikacji obowiązkowych, załącznik A TSI Sterowanie dla interfejsów do systemu ERTMS/ETCS poziom 2.
2. Wykonawca zobowiązany jest do stosowania standardu ETS 300 011 w komunikacji z podsystemem NST.
3. Dla poziomu 2 Wykonawca jest zobowiązany do wykonania interfejsów do urządzeń SRK, urządzeń przejA.owych i urządzeń DSAT.
4. Szczegółową specyfikację, parametry techniczne i sposób zabudowy niezbędnych interfejsów opracuje Wykonawca. Właściwości funkcjonalno - użytkowe Interfejsów powinny spełniać wymagania bezpieczeństwa SIL 4, zgodnie z normami: PN-EN 50126:2002(U), PN-EN 50128:2002(U) i PN-EN 50129:2003(U).
5. Zaoferowane przez Wykonawcę interfejsy nie mogą naruszać właściwości funkcjonalnych i urządzeń SRK i z będą konstrukcyjnych DSAT, którymi współpracować. W przeciwnym razie Wykonawca we własnym zakresie i na własny koszt uzyska wymagane świadectwa i dopuszczenia do eksploatacji dla urządzeń SRK i DSAT, w których dokonał zmian, wymaganych zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.
6. Zaoferowane przez Wykonawcę urządzenia systemu ERTMS/ETCS nie mogą naruszać właściwości funkcjonalnych i konstrukcyjnych urządzeń SRK i DSAT, z którymi będą współpracować. W przeciwnym razie Wykonawca we własnym zakresie i na własny koszt uzyska wymagane świadectwa i dopuszczenia do eksploatacji dla urządzeń SRK i DSAT, w których dokonał zmian, wymaganych zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.
7. Za integrację urządzeń SRK, urządzeń DSAT i urządzeń systemu ERTMS/ETCS odpowiedzialny jest Wykonawca,
8. Wykonawca, dla zaimplementowanych interfejsów po stronie urządzeń objętych obowiązkiem posiadania świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu uzyska pozytywną opinię właściwej jednostki organizacyjnej upoważnionej do przeprowadzania badań koniecznych do uzyskania świadectw dopuszczenia do

48

---

eksploatacji typu urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego wchodzących w skład podsystemu strukturalnego sterowanie w zakresie oddziaływania przeprowadzonej implementacji interfejsu na istniejące urządzenia SRK. Ww. opinia będzie zawierała potwierdzenie, że rozwiązania zastosowane w niniejszym projekcie nie zmieniają cech typu istniejących systemów SRK i DSAT oraz zachowują zgodność z typem określonym w świadectwach wydanych przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego.

9. Ponadto Wykonawca przeprowadzi wycenę i ocenę ryzyka dla przeprowadzonej zmiany technicznej w istniejącym systemie sterowania ruchem kolejowym wynikającej z implementacji interfejsu w urządzeniach SRK i DSAT. Ww. ocena zastanie przeprowadzona zgodnie z rozporządzeniem 402/2013. Raport z ww. przeprowadzonej wyceny i oceny Wykonawca przedłoży Zamawiającemu.
10. Dokumenty, o których mowa w ust. 8 t 9 niniejszego punktu zostaną dostarczone Zamawiającemu przed zabudową interfejsu.
11. Jeżeli po przeprowadzeniu inwentaryzacji istniejących urządzeń srk warstwy podstawowej okaże się, że będzie konieczna wymiana tych systemów celem ich dostosowania do współpracy z systemem ERTM/ETCS poziom 2 zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Wykonawca dokona wymiany tych urządzeń. Zabudowywane urządzenia musza spełniać wymagania określone w pkt 5. Warunki

Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych - Stacyjne Urządzenia Sterowania Ruchem Kolejowym i 6. Opis wymagań Zamawiającego w zakresie samoczynnej blokady liniowej.

Dodatkowo Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 143 (pismo Zamawiającego z dnia 10.03.2017 r.) wskazał, że:
Pytanie nr 143;
Dotyczy: SIWZ, Tom II (Program Funkcjonalno-Użytkowy) punkt 4.8 Interfejsy
Bazując na doświadczeniach z lat poprzednich według naszej opinii wszelkie modyfikacje wprowadzane w stacyjnych urządzeniach sterowania ruchem kolejowym (IXL) powinny leżeć na linii dostawca urządzenia - zamawiający t być wyłączone z wymogów SIWZ przetargu, którego osiem jest implementacja systemu ERTMS/ETC5 pożremy 2 W wyniku konieczności implementacji interfejsu w istniejących urządzeniach SRK dostawca systemu ERTMS/ ETOS, którego urządzenia stacyjne nie są zainstalowane na linii (...) zobowiązany jest do pozyskania tych informacji od producenta zainstalowanych na linii urządzeń stacyjnych, co wiąż» się z

konieczności uwzględnienia w kosztorysie wygórowanej ceny od producenta a zarazem jednego z prawdopodobnych oferentów systemu ERTMS/ETCT.

Odpowiedź:
Wykonawca zobowiązany Jest do zrealizowania zadania zgodnie z zapisami SIWZ.

Ponadto w Zamawiający w PFU sprecyzował:
5.2.1.3 ppkt 3
3. Urządzenia sterowania ruchem kolejowym instalowane na przedmiotowym odcinku muszą być przystosowane do współpracy z urządzeniami ERTMS/ETCS poziom 2 i być zgodne z protokołem Euroradio+/Subset098
6.1.2.2
6.1.2.2. Uniwersalność i elastyczność
Urządzenia blokady liniowej muszą mieć możliwość współpracy z dowolnymi urządzeniami stacyjnymi za pomocą odpowiednich interfejsów
6.1.3 ppkt 6
6. Dla prawidłowej współpracy urządzeń komputerowej wieloodstępowej (samoczynne)) blokady liniowej z urządzeniami systemu ERTMS/ETCS poziom 2 wymagane jest spełnienie poniższego warunku: Urządzenia komputerowej wieloodstępowej (samoczynne]) blokady liniowej muszą przekazywać informacje o stan© urządzeń kontroli nieazajętaści torów z wszystkich odstępów blokady do komputerowych urządzeń stacyjnych srk w czasie rzeczywistym, bez opóźnień i przy zachowaniu 4 poziomu nienaruszalności bezpieczeństwa (SIL 4).

Pismem z dnia 16 marca 2017 r. wykonawca A. zwrócił się do T.P. Sp. z o.o. w przedmiocie zorganizowania spotkania, mającego na celu określenia zasad współpracy przy realizacji zamówienia objętego postępowaniem (ismo Odwołującego z dnia 16 marca 2017 r.).

W odpowiedzi, w piśmie z dnia 23 marca 2017 r. T. poinformował, iż w przedmiocie możliwości spotkania w zakresie określenia zasad współpracy przy realizacji przedmiotowego zamówienia do upływu terminu składania ofert zadośćuczynienie oczekiwaniom wykonawcy A. nie jest prawnie dopuszczalne z uwagi na okoliczność podejrzenia wystąpienia zmowy przetargowej, skutkującej wykluczeniem wykonawcy z postepowania. Ponadto w treści pisma

wskazano, że w zakresie pytań, wątpliwości czy też zarzutów w zakresie dokumentacji przetargowej jedynym i właściwym adresatem jest Zamawiający.

Następnie Odwołujący w piśmie z dnia 24 marca 2017 r. skierowanym do Zamawiającego podał m. in. „ (…) zgodnie z zapisami punktu 4.8, 6.1.2.2, 5.2.1.3. punkt 3 (Stacyjne Urządzenia Sterowania Ruchem Kolejowym) i 6.1.3. punkt 6 (Samoczynna blokada linowa) Programu Funkcjonalno – Użytkowego, PKP PLK T.A. nakładana na potencjalnego wykonawcę obowiązek pozyskania informacji o urządzeniach stacyjnych zainstalowanych na linii kolejowej (...) od producentów „T.” i „B.”. W nawiązaniu do odpowiedzi na pytanie 134, 135 oraz 143 podtrzymującej ww. zapisy PFU – Zamawiający przerzuca obowiązek opisania przedmiotu zamówienia na potencjalnych wykonawców, co jest w naszej opinii

niedopuszczalne i wprost narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców określonej w art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych (UPZP).

Pomijając powyższe, A.P. T.r.o. zgodnie z sugestią Zamawiającego zwróciło się z prośbą o spotkanie do producentów ww. urządzeń w celu uzyskania informacji technicznych, których w Opisie Przedmiotu Zamówienia nie zawarł Zamawiający, a które są niezbędne do kalkulacji ceny ofertowej. W odpowiedzi firma T.P. Sp. z o.o. poinformowała nas, że opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wystarczający należy do Zamawiającego, z czym nie sposób się nie zgodzić. (…)".

Zamawiający nie odpowiedział na opisane powyżej pismo Odwołującego.

Wraz z odwołaniem wykonawca A. przedłożył pismo z dnia 3 kwietnia 2017 r. nr 2846-17/ZMO w języku angielskim skierowane do Pana P.P. Prezesa Zarządu T.P. Sp. z o.o. W toku rozprawy Odwołujący złożył tłumaczenie ww. pisma na język polski. Treść pisma stanowi zapytanie ofertowe w ramach rozpoznawanego postępowania. Wraz z pismem Odwołujący nie przedłożył dowodu na doręczenie ww. pisma.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Według art. 3 ust. 1 UZNK. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Przepis art. 15 ust. 1 pkt 3 UZNK stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie dostępu do rynku, w szczególności przez: rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie innych klientów.

Izba wskazuje, że na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp Zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wobec tego stwierdzić należy, że powołany przepis wprost odwołuje się okoliczności związanych ze złożeniem przez wykonawcę oferty, które muszą być ściśle powiązane z czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dopiero wówczas materializują się wszystkie przesłanki skutkujące koniecznością odrzucenia przez Zamawiającego oferty danego wykonawcy.

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy Izba stwierdziła, że w zakresie rozstrzyganej kwestii nie mamy do czynienia z sytuacją, w której postawiony przez Odwołującego zarzut odnosiłby bezpośrednio się czynności złożenia przez wykonawcę T. oferty, której złożenie stanowiłoby czyn nieuczciwej konkurencji.

Izba stwierdziła, że w treści odwołania oraz w toku rozprawy Odwołujący opisywał i odnosił się do zachowania Przystępującego względem Odwołującego, ich wzajemnych relacji, towarzyszących konstruowaniu oferty przez Odwołującego. W ocenie Izby powyższy opis działań Przystępującego nie może być zakwalifikowany jako wypełniający przesłanki, opisane w art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Przede wszystkim nie budzi żadnych wątpliwości Izby, że Odwołujący domagał się od Przystępującego spotkania, co mogło rodzić u wykonawcy T. uzasadnioną obawę o posądzenie w przyszłości o wystąpienie zmowy przetargowej pomiędzy ww. wykonawcami. W związku z tym nie dziwi, że Przystępujący odmówił przed terminem składania ofert spotkania z wykonawcą A..

Odwołujący twierdził, że wobec tego, iż propozycja spotkania została odrzucona przez wykonawcę T. to wystosował do niego zapytanie ofertowe. Przystępujący zaprzeczył, aby otrzymał takie zapytanie ze strony Odwołującego. Izba wskazuje, że Odwołujący nie

przedstawił żadnego wiarygodnego dowodu doręczenia niniejszego zapytania Przystępującemu.

Izba dała wiarę wyjaśnieniom Przystępującego, który twierdził, że „Gdyby celem Odwołującego było wyłącznie uzyskanie oferty handlowej od T.P. Sp. z o.o., to oczywiście taka

oferta zostałaby mu przedłożona. Spółka B., również biorąca udział w postępowaniu, zwróciła się do Przystępującego z zapytaniem ofertowym, i zgodnie z jego treścią taką ofertę otrzymała".

Nie można pominąć, że w toku rozprawy Przystępujący B. potwierdził otrzymanie oferty handlowej ze strony Przystępującego.

Izba stanęła na stanowisku, że postawiony zarzut, co potwierdza również w piśmie z dnia 24 marca 2017 r. Odwołujący, dotyka materii związanej z niepełnym opisem przedmiotu zamówienia, a w takim przypadku Odwołujący powinien formułować zarzuty w odniesieniu do treści siwz, której autorem jest Zamawiający. W przypadku nieuwzględnienia przez Zamawiającego żądań wykonawcy w tym zakresie Odwołującemu przysługiwał środek ochrony prawnej w postaci odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący był tego świadomy bowiem właśnie tego rodzaju argumentację zawarł w treści pisma skierowanego do Zamawiającego w dniu 24 marca 2017 r.

Izba wskazuje, że na obecnym etapie postępowania zarzuty dotyczące treści siwz należy uznać za spóźnione i nie podlegające rozpoznaniu.

Reasumując, Izba po dokonaniu analizy materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

7. Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy T. – Grupa kapitałowa – art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp

W załączniku nr 4 do IDW Zamawiający podał m. in.: „UWAGA 1: NINIEJSZE OŚWIADCZENIE SKŁADA ODRĘBNIE KAŻDY Z WYKONAWCÓW WSPÓLNIE UBIEGAJĄCYCH SIĘ O ZAMÓWIENIE".

Z ustaleń Izby wynika, że oferty w omawianym postepowaniu złożyli następujący wykonawcy: Odwołujący, Przystępujący oraz wykonawca B..

Izba ustaliła, ze w dniu 12 kwietnia 2017 r. wykonawca T. złożył do Zamawiającego pismo wraz z załączeniem oświadczenia T.P. Sp. z o.o. oraz T.A. GmbH wskazując w obu oświadczeniach, że obie spółki należą do grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 11 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w dniu 25 sierpnia 2017 r. na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień, czy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. T.P. sp. z o.o. oraz T.A. GmbH należą do tej samej grupy kapitałowej z innymi wykonawcami, którzy złożyli odrębne oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Przystępujący w dniu 28 sierpnia 2017 r. wyjaśnił Zamawiającemu, że zarówno T.P. sp. z o.o. jak i T.A. GmbH składając odrębne oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej mieli na myśli grupy kapitałową T., a nie wykonawców, którzy złożyli odrębne oferty w tym postępowaniu. Złożono takie oświadczenia, albowiem brzmienie zaproponowane na przygotowanym przez Zamawiającego formularzu (załącznik nr 4 do IDW) zdawało się sugerować, że mowa jest w nim ogólnie o przynależności do grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp. Przepis ten z kolei wprost odnosi się do ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. 2017, poz.229 z późn. zm.). Przystępujący składając swe oświadczenia wraz z ofertą mieli na uwadze zatem pojęcie grupy kapitałowej, zawarte w art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r. poz. 184, 1618 i 1634), złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Uwzględnić jednak należy, że nowelizacja ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. uchyliła przepis art. 26 ust. 2d Pzp, który kreował obowiązek składania przez wykonawców listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej. Nadto nie ulega wątpliwości, że obecnie obowiązujący przepis art. 24 ust. 11 Pzp, stanowiący o obowiązku wykonawcy do złożenia oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, należy stosować w połączeniu z normą wyrażoną w art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp, który reguluje obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeżeli należy do tej samej grupy kapitałowej z wykonawcami, którzy złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Z ustaleń Izby wynika, że Przystępujący, zarówno w dniu składania oferty jak również obecnie nie przynależy do żadnej grupy kapitałowej z innymi wykonawcami, biorącymi udział w przedmiotowym postępowaniu. Wykonawca T. przedłożył odrębne oświadczenie zarówno T.P. sp. z o.o. jak i T.A. GmbH, potwierdzające brak takiej przynależności.

Wobec tego stwierdzić należy, że Zamawiający trafnie przyjął, że brak było jakichkolwiek podstaw do wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp. Należy również wskazać, że bezspornym pozostaje fakt iż Przystępujący nie należy do tej samej grupy kapitałowej, co którykolwiek z pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Zatem Przystępujący nie musiał więc składać żadnych dowodów potwierdzających, że powiązania z innymi podmiotami nie prowadzą do zakłócenia konkurencji, gdyż w postępowaniu nie brały udziału inne podmioty z tej samej grupy kapitałowej.

Tezy o przynależności Przystępującego do tej samej grupy kapitałowej z innym podmiotami ubiegającymi się o zamówienie nie stawia nawet Odwołujący w treści odwołania, wskazując jedynie, że wykonawcy T.P. Sp. z o.o. oraz T.A. GmbH złożyli oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej.

Wydaje się, że Odwołujący koncentruje się na pewnym uchybieniu Przystępującego, które prawdopodobnie wynikło z pewnej nieścisłości w IDW i treści wzoru oświadczenia zamieszczonego przez Zamawiającego (Załącznik nr 4 do IDW), w którym Zamawiający nieprecyzyjnie podał, że takie oświadczenie powinien złożyć każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W związku z powyższym wykonawca mógł zrozumieć, że intencją Zamawiającego jest chęć pozyskania informacji o temat tego, czy

wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia względem siebie pozostają w tej samej grupie kapitałowej.

Jednak w opinii Izby powyższe nie zmienia faktu, że wykonawca T. nie przynależy do tej samej grupy kapitałowej z innymi wykonawcami, składającymi oferty w postępowaniu co oznacza, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 23 Pzp.

8. Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy T. – niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu – art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp

W zakresie rozpoznawanego zarzutu Izba ustaliła, że zgodnie z sekcją 8.2.2. IDW i 8.6.3 lit. a) IDW Zamawiający wymagał wykazania się przez wykonawcę, iż posiada w ciągu ostatnich 3 lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres, średni roczny przychód netto ze sprzedaży w kwocie minimalnej 23.000.000,00 PLN.

Otwarcie ofert miało miejsce w dniu 12 kwietnia 2017 r.

Wobec wezwania Zamawiającego z dnia 5 czerwca 2017 r. do przedłożenia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia, Przystępujący w dniu 16 czerwca 2017 r. przedłożył Zamawiającemu sprawozdania finansowe za okres: 1.01-31.12.2013 r., 1.01-31.12.2014 r., 1.01-31.12.2015 r. Wykonawca T. nie przedłożył sprawozdania finansowego za okres od 1 stycznia do 31 grudnia 2016 r.

Odwołujący twierdził, że zgodnie zaś z wymaganiami IDW, T. był zobowiązany do przedłożenia sprawozdań finansowych za ostatni 3 lata, tj. za rok 2016, 2015 i 2014. Bez wątpienia, skoro termin składania ofert upłynął w dniu kwietniu 2017 r., a Zamawiający wezwał T. do przedłożenia sprawozdań finansowych w czerwcu 2017, to ostatnie 3 lata obrotowe to okres 2014-2016 r.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

56

Zgodnie z § 2 ust. 2 rozporządzenia o dokumentach, wykonawca w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego sytuacji finansowej, składa sprawozdania finansowego albo jego części, w przypadku gdy sporządzenie sprawozdania wymagane jest przepisami prawa kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również odpowiednio z opinią o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzenia sprawozdania finansowego (...) - za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okreT.

Osią sporu w niniejszej sprawie jest rozstrzygnięcie kwestii, związanej z tym, czy wykonawca T. zobowiązany był, na wezwanie Zamawiającego, przedłożyć sprawozdanie finansowe za 2016 r. W ocenie Izby na tak zadane pytanie należy odpowiedzieć przecząco.

Izba wyjaśnia, że w pełni podziela argumentację wyrażoną w powołanym przez Zamawiającego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 992/11, gdzie Izba stwierdziła: „Zasadniczy cel sporządzania sprawozdań finansowych wyznaczony jest sferą prawa podatkowego, rachunkowości, zasady kontynuacji działalności, czy wreszcie potrzeba realizacji obowiązku informacyjnego wobec innych uczestników obrotu gospodarczego czy nadzoru właścicielskiego. Nie są to zatem dokumenty sporządzane bezpośrednio na potrzeby postępowania o zamówienie publiczne i z tym postępowaniem z natury sprzężone, choć wykorzystywane dla zbadania zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy. Nie jest naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców uznanie za miarodajne dokumentów złożonych przez tych wykonawców, dysponują sprawozdaniem finansowym wraz z opinią biegłego rewidenta za miniony rok obrotowy z jednoczesnym uznaniem sprawozdania finansowego złożonego za miniony rok obrotowy bez opinii biegłego rewidenta w warunkach, kiedy na jej sporządzenie z mocy właściwych dla tej czynności przepisów termin jeszcze nie upłynął. Zakładanie z góry, że wszyscy wykonawcy, zamierzając ubiegać się o zamówienie publiczne winni zadbać o uzyskanie wymaganych dla tego postępowania dokumentów, co do których termin wymagania w myśl właściwych dla tych dokumentów jeszcze nie upłynął, zawiera element dyskryminujący takie podmioty które na podstawie umowy albo statutu posiadają indywidualny inny niż kalendarzowy rok obrotowy”.

57

Rację ma Zamawiający twierdząc, że Odwołujący całkowicie pomija fakt, że sporządzenie sprawozdania finansowego wynika z uregulowań prawa w sferze rachunkowości i to ustawa o rachunkowości wyznacza, kiedy podmioty zobowiązane mają sporządzić sprawozdanie i do kiedy winno ono zostać zatwierdzone. Przepisy Pzp i rozporządzeń wykonawczych nie kształtują i nie mogą kształtować wobec wykonawców obowiązków sporządzania sprawozdań na potrzeby konkretnych postępowań o udzielenie zamówień publicznych, gdyż jest to już uregulowane ustawowo.

Zgodzić się należy także z Zamawiającym - który odwołując się do art. 53 ust. 1 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (j.t. Dz. U. z 2016 r. poz. 1047), z którego wynika, że zatwierdzenie rocznego sprawozdania finansowego musi nastąpić nie później niż w terminie 6 miesięcy od dnia bilansowego (co do zasady 31 grudnia roku poprzedzającego) - twierdził, że nie miał podstaw do żądania od wykonawcy sprawozdania finansowego za 2016 r.

Izba zwraca uwagę, że w dacie składania oferty i wypełniania formularza JEDZ

Przystępującemu nie minął jeszcze ustawowy termin na spełnienie obowiązku do posiadania zatwierdzonego sprawozdania finansowego za rok 2016 (a zatem też i części sprawozdania RZiS) wraz z opinią biegłego rewidenta o badanym sprawozdaniu. Tym samym Przystępujący tym bardziej nie miał obowiązku przedłożenia go Zamawiającemu.

Podkreślenia wymaga, że Odwołujący - jako ten podmiot na którym spoczywa ciężar dowodu, w żaden sposób nie wykazał, że wykonawca T. na dzień upływu terminu do składania ofert już posiadał zatwierdzone i zbadane sprawozdanie finansowe za 2016 r.

W tym miejscu Izba zwraca uwagę na treść przepisu art. 190 ust. 1 ustawy, który stanowi, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Wskazany powyżej przepis nakłada na strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem stron i polega na wykazywaniu dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Bez wątpienia postępowanie odwoławcze prowadzone przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a zatem z istoty takiego postępowania wynika, iż

---

spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Art. 14 ustawy stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Zatem należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust. 1 ustawy. Przepis art. 6 k.c. wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei *incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).*

Tym samym w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że wykonawca T. w dacie składnia ofert posiadała prawidłowo zatwierdzone sprawozdanie finansowe za 2016 r.

Wobec tego Izba uznała za niepotwierdzone zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pk 12 Pzp za niepotwierdzony.

Podsumowując, Izba stwierdziła naruszenie przepisów ustawy, które nie może mieć istotnego wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec tego Izba na podstawie art. 192 ust. 1 oddaliła odwołanie.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3b Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 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:

……...
……...
……...