

**WYROK**  
z 7 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ernest Klauziński**

**Protokolant: Konrad Wyrzykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie 7 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 21 września 2020 r. przez wykonawcę Olympia Med Professional Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Metro Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu w zakresie zadań nr XIX, XX i XXV postępowania:
  - 1.1 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszych ofert,
  - 1.2 odstąpienie dokumentów wykonawcy: R. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Quattro R. B. z siedzibą w Warszawie złożonych na okoliczność wyjaśnienia ceny oferty tego wykonawcy,
  - 1.3 wykluczenie z postępowania wykonawcy: R. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Quattro R. B. z siedzibą w Warszawie,
  - 1.4 przeprowadzenie ponownej czynności oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Metro Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez Odwołującego - Olympia Med Professional Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2 zasądza od Zamawiającego - Metra Warszawskiego Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Odwołującego - Olympia Med Professional Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Uzasadnienie**

Metro Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Dostawa części zamiennych do wagonów metra serii 81/części mechaniczne, pneumatyczne, elektryczne, elektroniczne”, numer: WP.25.00311.2019.S.P.BARZ, zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 5 marca 2020 r. pod numerem 2020/S 046-109381. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

21 września 2020 r. wykonawca Olympia Med Professional Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego w zakresie części XIX, XX i XXV postępowania, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 i pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy: R. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Quattro R. B. z siedzibą w Warszawie (dalej Quattro) wobec przedstawienia informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przez wskazanie nieprawdziwych informacji w Wykazie wykonanych dostaw złożonym na wezwanie Zamawiającego, co miało istotny wpływ na decyzję Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty;
  2. art. 96 ust. 3 w związku z art. 8 ust. 1 i 2 Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: Uznk) prowadząc do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie czynności udostępnienia uzasadnienia podstawy zastrzeżenia przez Quattro jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a także tych wyjaśnień, na skutek bezprawnego uznania ww. dokumentów za skutecznie zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa.
- ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1:
3. art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp przez zaniechanie wezwania Quattro do wyjaśnienia

i uzupełnienia Wykazu wykonanych dostaw oraz dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
2. wykluczenia wykonawcy Quattro z postępowania,
3. powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród nie podlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców nie podlegających wykluczeniu z postępowania,

albo, w przypadku nieuwzględnienia zarzutów przedstawienia przez Quattro informacji wprowadzających w błąd:

4. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
5. wezwania wykonawcy Quattro do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów potwierdzających wiedzę i doświadczenie,
6. udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę Quattro informacji zawartych w uzasadnieniu zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny,
7. powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zarzut nr 1

Zgodnie z treścią punktu 9.1.3 SIWZ, o udzielenie zamówienia mógł ubiegać się wykonawca, który udokumentował, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy - w tym okresie, należycie

wykonał dostawy części zamiennych do zakładów produkujących, naprawiających

lub eksploatacyjnych pojazdy metra (...). Intencją Zamawiającego było więc dopuszczenie do udziału w postępowaniu tylko takich podmiotów, które miały doświadczenie

w dostarczaniu części zamiennych do podmiotów nie będących firmami handlowymi, lecz posiadającymi zakłady produkujące, remontujące albo eksploatujące pojazdy metra. Jednym z takich zakładów dysponuje Zamawiający.

W celu wykazania spełnienia powyższego warunku, wykonawca Quattro złożył Wykaz dostaw. W części tytułowej, nad tabelą wskazano: „Skladając ofertę w przetargu nieograniczonym, którego przedmiotem jest „Dostawa części zamiennych do wagonów metra serii 81/części mechaniczne, pneumatyczne, elektryczne, elektroniczne” poniżej przedstawiamy wykaz zrealizowanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, dostaw opisanych w pkt 9.1.3 SIWZ”.

W pozycjach 1, 2 i 3 wykazu wymienione zostały dostawy świadczone na rzecz I. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą E.P.R.I. Anders I. B. z siedzibą w Warszawie (dalej: Anders).

Dostawy te zostały uznane przez Zamawiającego, za potwierdzające spełnianie warunków. Jak wynikało z odpisu z CEDiG dla wykonawcy Anders, podmiot ten posiadał stałe miejsce wykonywania działalności gospodarczej pod adresem: woj. mazowieckie, pow. Warszawa, gm. Mokotów, miejsc. Warszawa, ul. Bolesława Limanowskiego, nr B4, lok. 3,

02-943 Warszawa. Podmiot ten nie zgłosił dodatkowych miejsc prowadzenia działalności gospodarczej. We wskazanej lokalizacji nie mieścił się jednak zakład produkujący

ani remontujący pojazdy metra. Jedynym w Polsce podmiotem eksploatującym pojazdy metra jest Zamawiający.

Prowadzenie zakładu produkującego czy też remontującego pojazdy metra wymaga posiadania odpowiedniej infrastruktury składającej się z bocznic kolejowej, torów odstawczych, hal produkcyjnych czy też naprawczych. Przy ulicy Limanowskiego w Warszawie obiekty takie nie istniały. Jedyne istniejące obiekty tego typu

w Warszawie posiadał Zamawiający.

Gdyby podmiot Anders posiadał jakikolwiek zakład, musiałby go wskazać w CEDiG. W całej swojej historii podmiot ten nie posiadał żadnego zakładu – wykonawca ten prowadził przede wszystkim działalność doradczą oraz handlową.

Tym samym dostawy wykazane przez wykonawcę Quattro na rzecz Anders nie spełniały wymogów punktu 9.1.3 SIWZ.

Oświadczenia Quattro zawarte w treści „Wykazu dostaw” były w świetle przedstawionych faktów oczywiście nieprawdziwe, wprowadzające w błąd Zamawiającego, co do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Wykonawcy Quattro można zatem zarzucić co najmniej nieumyślne działanie lub zaniechanie, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, jako że wykonawca ten nie dochował należytej staranności.

W przypadku nieuwzględnienia powyższej argumentacji, jako skutkującej koniecznością wykluczenia wykonawcy Quattro z postępowania, Odwołujący wniósł o ewentualne rozpatrzenie zarzutu nr 3, tj. zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp, przez zaniechanie wezwania Quattro do wyjaśnienia i uzupełnienia wykazu wykonanych dostaw oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw.

Zarzut nr 2.

14 września 2020 roku, na wniosek Odwołującego, Zamawiający dokonał udostępnienia protokołu postępowania wraz z załącznikami. W toku czynności Zamawiający odmówił udostępnienia wyjaśnień ceny oferty złożonych przez wykonawcę Quattro w trybie art. 90 ust. 2 Pzp oraz uzasadnienia podstaw objęcia tych wyjaśnień, tajemnicą przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego, zastrzeżone informacje nie mogły być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym ich zastrzeżenie przez wykonawcę Quattro było bezpodstawne.

Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 2 Pzp z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010, poz. 1649) zgodnie z którym, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji

lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Wykonawca Quattro objął tajemnicą m. in. wyjaśnienia dotyczące możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. Ujawniona Odwołującemu treść tych wyjaśnień była następująca:

„Szanowni Państwo,

W załącznikach przesyłam treść wyjaśnień

z poważaniem  
R. B.”.

W wyżej przytoczonej treści brak było oświadczenia o objęciu informacji Quattro tajemnicą przedsiębiorstwa. Nazwy plików załączonych przez wykonawcę Quattro również nie wynikało, by zawierały one jakąkolwiek tajemnicę. Informacja o tym, że wykonawca Quattro objął tajemnicą przedsiębiorstwa ww. wyjaśnienia wynikała z treści punktu 6 Protokołu nr 2 Komisji Przetargowej, sporządzonego 18 lipca 2020 roku:

„6. Wykonawca Quattro R. B.:

- a) Złożył wyjaśnienia w terminie wskazanym przez Zamawiającego;
- b) W przesłanych wyjaśnieniach wskazał, iż złożona oferta „zawiera duży dekort od cen hurtowych na zakup części zamiennych”;
- c) W piśmie zawierającym wyjaśnienia poinformował, że „wszelkie informacje udzielone w niniejszym wyjaśnieniu i załącznikach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”;
- d) Wykonawca nie dołączył uzasadnienia zastrzeżenia oraz nie wykazał okoliczności, o których mowa w pkt 15.3.7 SIWZ, t.j. że
  - zastrzeżone informacje nie zostały ujawnione do dnia składania ofert w postępowaniu,
  - zastrzeżone informacje mają charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny przedsiębiorstwa, lub posiadają wartość gospodarczą,
  - Wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności tych informacji.
- e) W związku z powyższym zasadność zastrzeżenia jest w trakcie oceny przez Komisję Przetargową i zostanie opisana w kolejnym Protokole”.

W treści Protokołu nr 3 z posiedzenia Komisji Przetargowej, które odbyło się 19 sierpnia 2020 roku, zawarto następujące oświadczenie:

„2. Zgodnie z pkt. 6 lit. c) Protokołu nr 2, Komisja zbadała informacje zastrzeżone przez Quattro R. B. jako tajemnica przedsiębiorstwa, obejmujące wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie zadań oferowanych w postępowaniu. Wykonawca w przesłanym wyjaśnieniu wykazał i udowodnił (oświadczenie Wykonawcy), że informacje te stanowią tajemnicę w rozumieniu Pzp o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komisja wnioskuje o uznanie zastrzeżenia za skuteczne”.

Podsumowując:

1. Zamawiający zauważył, że wykonawca Quattro użył sformułowania „wszelkie informacje udzielone w niniejszym wyjaśnieniu i załącznikach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”,
2. Sformułowanie to zawarto w treści pisma Quattro, zawierającego jednocześnie wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaofiarowanej ceny,
3. Quattro nie złożył wraz z powyższym wyjaśnieniem, uzasadnienia objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa,
4. Zamawiający postanowił badać zasadność zastrzeżenia informacji Quattro,
5. Zamawiający wezwał Quattro do złożenia wyjaśnień podstaw objęcia wyjaśnień rażąco niskiej ceny tajemnicą przedsiębiorstwa,
6. Quattro złożył uzasadnienie zastrzeżenia w wyniku czego Zamawiający uznał jego skuteczność.

Odmowa udostępnienia przez Zamawiającego odpowiednich dokumentów wykonawcy Quattro pozbawiła Odwołującego możliwości dokonania oceny złożonych informacji

pod kątem skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa a także, czy oferta tego wykonawcy zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Udostępniono dokumenty, na których widnieją odręczne wpisy pracownika Zamawiającego „Tajemnica przedsiębiorstwa” oraz nieliczne informacje zawarte w treści pisma Quattro z 8 lipca 2020 roku.

Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, czyli wyjaśnienia, dlaczego informacje i dokumenty są objęte zastrzeżeniem. Samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogło stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zarzut nr 3

Zgodnie z treścią punktu 9.1.3 SIWZ, o udzielenie zamówienia mógł ubiegać się wykonawca, który udokumentował, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie

wykonał dostawy części zamiennych do zakładów produkujących, naprawiających lub eksploatacyjnych pojazdy metra (...).

Wskazanie w punktach 1, 2 i 3 Wykazu dostaw, świadczeń zrealizowanych na rzecz podmiotu Anders, nie mogło zostać uznane za potwierdzające spełnianie warunku wiedzy

i doświadczenia. Anders nie jest bowiem zakładem produkującym, naprawiającym

lub eksploatającym pojazdy metra. Dlatego Zamawiający powinien był co najmniej wdrożyć procedurę opisaną w art. 26 ust. 3 Pzp.

Zaniechawszy wyjaśnienia przedmiotowych okoliczności oraz ewentualnie wezwania do uzupełnienia dokumentów Zamawiający naruszył art. 26 ust 3 i ust. 4 Pzp.

6 października 2020 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniosł o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał m. in.:

Zarzut nr 1

Zgodnie z pkt. 11.2.2 SIWZ w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 9.1.3 SIWZ wykonawca zobowiązany był złożyć wykaz dostaw (zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ) wykonanych przez wykonawcę wraz z dowodami potwierdzającymi, że wskazane dostawy zostały wykonane należycie.

Wykonawca Quattro wraz z ofertą złożył oświadczenie w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej: JEDZ) zgodnie z którym oświadczył, że spełnia wszystkie wymagane kryteria kwalifikacji (część IV sekcja JEDZ). W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dokonane w trybie pkt. 23.2 SIWZ w zw. z pkt. 23.2.4 SIWZ, wykonawca Quattro na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, złożył wykaz dostaw zgodny ze wzorem

stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ.

Wykonawca w przekazanym Zamawiającemu wykazie wskazał, iż w zakresie zadań XIX, XX, XXV w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert należy wykonać dostawy części zamiennych na rzecz zakładu produkującego, naprawiającego pojazdy metra tj. Anders. Kwoty realizowanych dostaw przewyższały progi minimalne określone w SIWZ

w zakresie wartości dostaw. Zgodnie natomiast z pkt. 11.2.2 SIWZ wykonawca Quattro przedstawił dowody potwierdzające, że wskazane dostawy zostały wykonane należycie. Dowodami tymi były protokoły odbioru części zamiennych oraz referencje potwierdzające że dostawy części zamiennych były wykonane przez wykonawcę prawidłowo.

Zgodnie z wykazem dostaw, w zakresie zadań XIX, XX, XXV odbiorcą części zamiennych była firma Anders. Wbrew twierdzeniom Odwołującego odbiorca części zamiennych wskazany przez Quattro był zakładem produkującym i naprawiającym pojazdy metra.

Zgodnie z odpisem z Centralnej Ewidencji Działalności Gospodarczej (dalej: CEIDG) firmy Anders, zakres wykonywanej działalności gospodarczej przez ten podmiot był określony przez następujące kody PKD (wskazane w załączniku do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 24 grudnia 2007 roku w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD) (Dz.U. z 2007 roku nr 251 poz. 1885)):

1.kod 30.20.Z - produkcja lokomotyw kolejowych oraz taboru szynowego. Podklasa ta obejmuje:

-produkcję elektrycznych, spalinowych, parowych i pozostałych lokomotyw kolejowych, produkcję pojazdów kolejowych lub tramwajowych z własnym napędem: wagonów pasażerskich, towarowych, platform, pojazdów naprawczych lub serwisowych,

-produkcję taboru kolejowego i tramwajowego bez własnego napędu, takiego jak: wagony pasażerskie, towarowe, samowyładowcze, cysterny oraz wagony warsztatowe, dźwigi kolejowe, tendry itp., produkcję wyspecjalizowanych części do lokomotyw kolejowych lub tramwajowych lub do taboru kolejowego, takich jak:

-wózki zwrotne, osie i koła, hamulce i części do nich; hałd i elementy sprzęgające, zderzaki i ich części; amortyzatory; podwozia do lokomotyw i wagonów; szkielety konstrukcyjne wagonów i lokomotyw; nadwozia; połączenia korytarzowe itp.,

-produkcję kopalnianych lokomotyw dołowych i wagonów silnikowych, produkcję mechanicznych i elektromechanicznych urządzeń sygnalizacyjnych, bezpieczeństwa i sterowania ruchem na drogach szynowych, wodach Śródlądowych, ulicach, drogach, miejscach parkingowych, lotniskach itp.,

- produkcję siedzeń do wagonów taboru szynowego.

2.kod 33.17.Z - naprawa i konserwacja pozostałego sprzętu transportowego Podklasa ta obejmuje m.in:

- naprawę i konserwację lokomotyw i wagonów (z wyłączeniem fabrycznych remontów i przebudowy).

3.kod 28.11.Z - produkcja silników i turbin z wyłączeniem silników lotniczych, samochodowych i motocyklowych. Podklasa ta obejmuje m.in. produkcję silników kolejowych.

Warunek udziału w postępowaniu został sformułowany alternatywnie — dla jego spełnienia wystarczające było realizowanie dostaw na rzecz zakładu który produkuje, naprawia lub eksploatuje pojazdy metra. Analiza wyżej wskazanego zakresu działalności firmy Anders, potwierdziła, iż ten przedsiębiorca zajmuje się między innymi produkcją lokomotyw kolejowych oraz taboru szynowego. Zajmuje również naprawą oraz konserwacją lokomotyw i wagonów.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt. 17 i pkt. 12 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Zastosowanie tych przepisów może mieć miejsce tylko wtedy, gdy wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W rozpatrywanej sprawie Zamawiający nie miał podstaw do uznania, iż przedstawione przez wykonawcę Quattro informacje wprowadzają go w błąd. Zamawiający w zakresie oceny spełnienia przez Quattro warunku udziału w postępowaniu opierał się zarówno na dokumencie urzędowym (odpis z CEIDG Anders), co do którego nie było podstaw do uznania, iż zawierał nieprawdziwe informacje oraz na referencjach i protokołach odbioru potwierdzających, iż dostawy zrealizowane przez Quattro były wykonane należycie. Dokumenty te nie mogły budzić wątpliwości Zamawiającego, co do prawdziwości zawartych w nich informacji. Z tego względu zarzuty stawiane przez Odwołującego w zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 i pkt 12 w zw. z art. 7 Pzp były całkowicie bezpodstawne.

Nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut ewentualny stawiany przez Odwołującego co do naruszenia art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp. Zamawiający może wezwać do złożenia wyjaśnień tylko w przypadku, gdy

zrodzą się u niego jakiegokolwiek wątpliwości odnośnie złożonej oferty. Gdy zamawiający ma pewność odnośnie dołączonych do oferty oświadczeń i dokumentów nie można żądać od zamawiającego, aby ten wzywał wykonawcę do złożenia wyjaśnień.

#### Zarzut nr 2

Zgodnie z definicją tajemnicy przedsiębiorstwa zawartą w art. 11 ust. 2 Uznk za tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. W szczególności odnosząc się do informacji posiadających wartość gospodarczą należy za takie uznać informację (o co najmniej minimalnej lub potencjalnej wartości), których wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski (tak Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 26 kwietnia 2016 r., sygn. akt II GSK 2806/14).

Złożone przez wykonawcę Quattro wyjaśnienia wskazywały na konkretne dane cenotwórcze, które miały wpływ na ukształtowanie cen podanych w złożonej przez wykonawcę ofercie i bez wątpienia miały wartość gospodarczą w rozumieniu Uznk. W swoich wyjaśnieniach wykonawca zwrócił uwagę na indywidualne uwarunkowania dostępne tylko dla niego, zatem nie były one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, co wypełniło przesłankę tajemnicy przedsiębiorstwa określoną w art. 11 ust. 2 Uznk. Okoliczność ta miała decydujące znaczenie - Odwołujący i wykonawca Quattro są konkurentami działającymi na tym samym rynku i z tego względu ujawnienie okoliczności, które wskazał wykonawca Quattro, mogłoby narazić go na straty i doprowadzić do zachwiania konkurencyjności na rynku właściwym dla tych przedsiębiorców.

W zakresie zarzutu braku oświadczenia wykonawcy Quattro o objęciu wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny tajemnicą przedsiębiorstwa, Zamawiający wskazał, iż w treści tych wyjaśnień Quattro zawarł oświadczenie, iż przekazane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający mając na względzie zarówno rodzaj zastrzeżonych informacji oraz ich znaczenie dla przedsiębiorstwa, uznał zasadność zastrzeżenia.

Po analizie całej treści przesłanych przez wykonawcę Quattro wyjaśnień wraz z załącznikami, Zamawiający stwierdził, iż zawierały one informację posiadającą m.in. wartość gospodarczą. Z uwagi zaś na wskazanie przez wykonawcę w wyjaśnieniach na indywidualne dostępne dla niego uwarunkowania, Zamawiający uznał, że zastrzeżone informacje nie były powszechnie dostępne. Łączne spełnienie następujących przesłanek: zastrzeżenie informacji o wartości gospodarczej, brak ich powszechnej znajomości przez osoby, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji oraz podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania ich poufności (oświadczenie wykonawcy) pozwoliło na stwierdzenie przez Zamawiającego, iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 Uznk. Wobec tego Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów wskazanych przez Odwołującego.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania. Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że zasługuje ono na uwzględnienie.

#### Zarzut nr 1

Zgodnie z punktem 9.1.3 SIWZ wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne winien spełniać niżej wymienione warunki udziału w postępowaniu wynikające z art. 22 Pzp: „dysponować zdolnością techniczną lub zawodową potwierdzającą zdolność Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia:

Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia ww. warunek jeżeli udokumentuje, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, należycie wykonał dostawy części zamiennych do zakładów produkujących, naprawiających lub eksploatacyjnych pojazdy metra, o wartości: (...)

- o) w ramach zadania XIX dostawa części pneumatycznych lub mechanicznych o wartości minimum 230.000,00 złotych netto;
- p) w ramach zadania XX dostawa części pneumatycznych lub mechanicznych

o wartości minimum 245.000,00 złotych netto; (...)

u) w ramach zadania XXV dostawa części pneumatycznych lub mechanicznych o wartości minimum 128.000,00 złotych netto”.

Zgodnie z punktem 11.2.2 SIWZ w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 9 SIWZ na wezwanie Zamawiającego wykonawca zobowiązany był złożyć: „wykaz dostaw (zgodnie ze wzorem, stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ), wykonanych przez Wykonawcę wraz z dowodami potwierdzającymi, że wskazane dostawy zostały wykonane należycie. Uwaga: dowodami, o których mowa powyżej, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych - są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — oświadczenie Wykonawcy. W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych, referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert”.

Wykonawca Quattro wraz z ofertą złożył wykaz dostaw, w którym wskazał, że dokonał odpowiednich dostaw m. in. na rzecz wykonawcy Anders. Prawidłową realizację tych dostaw potwierdzały referencje oraz protokoły odbioru. Te same dokumenty zostały przez wykonawcę Quattro złożone ponownie, na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp z 21 lipca 2020 r.

Zamawiający szczegółowo opisał czynności dokonywane w ramach prowadzonego postępowania w protokołach Komisji Przetargowej.

Zgodnie z Protokołem nr 3 z 20 sierpnia 2020 r., punkt 16 ppkt 4 i 5 zawierają następujące informacje:

- „4) Wykaz dostaw wraz z dowodami mającymi na celu potwierdzać ich należyte wykonanie. Wykaz dostaw został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Pana R. B., a referencje zostały podpisane przez podmiot, na rzecz którego Wykonawca zrealizował dostawy i poświadczono za zgodność z oryginałem kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Pana R. B. .
- 5) przedstawiciele Służby „PT” potwierdzają, że treść złożonych dokumentów potwierdza, że Wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie zadań nr XIX, XX, XV (e-mail z potwierdzeniem w załączeniu)”.

Ponadto Protokół nr 4 z 7 września 2020 r. wskazywał, że:

- „10. Wykonawcy, Quattro R. B. oraz (...) złożyli już w przedmiotowym postępowaniu dokumenty, potwierdzające że nie podlegają wykluczeniu z udziału w postępowaniu”.

Poza przytoczonymi fragmentami protokołów Komisji Przetargowej brak jest w dokumentacji postępowania dowodów wskazujących na dokonanie przez Zamawiającego szczegółowej analizy wykazu dostaw wykonawcy Quattro. Żaden z protokołów nie zawiera informacji potwierdzających, że Zamawiający rzeczywiście dokonał analizy dokumentu CEiDG wykonawcy Anders. W toku rozprawy pełnomocnik Zamawiającego oświadczył, że nie miał obowiązku weryfikacji tego podmiotu.

W ocenie Izby stanowisko powyższe nie jest prawidłowe.

Zamawiający w sposób jednoznaczny sformułował warunek udziału w postępowaniu

w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawców. Zamawiający wskazał, że wykonawcy mają wykazać, że zrealizowali odpowiednie dostawy na rzecz „zakładów produkujących, naprawiających

lub eksploatacyjnych pojazdy metra”. Z tego względu obowiązkiem Zamawiającego było dokonanie szczegółowej analizy składanych przez wykonawców wykazów dostaw również pod kątem sprawdzenia, czy adresaci deklarowanych przez wykonawców dostaw spełniają przytoczony wymóg. Zamawiający szczegółowo określił charakter podmiotów, na rzecz których miały być zrealizowane przedmiotowe dostawy, był zatem obowiązany do egzekwowania reguł postępowania, które sam ustanowił w SIWZ.

Argumentacja Zamawiającego mająca dowodzić, że nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Quattro z postępowania oparta była na twierdzeniu, że dokument CEiDG wykonawcy Anders dowodził, że prowadzi

on działalność polegającą m. in. na naprawie i produkcji odpowiedniego taboru. W ocenie Izby stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Niewątpliwym jest, że przedmiotowy dokument zawiera informację o co najmniej kilkudziesięciu kodach PKD przypisanych przedsiębiorcy Anders. Istotne jest jednak, że jako kod przeważającej działalności gospodarczej wskazany został kod 70.22.Z „Pozostałe doradztwo w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej i zarządzania”. Ponadto wskazane w dokumencie adresy - stałego miejsca wykonywania działalności gospodarczej oraz adres do doręczeń to adresy typowe dla mieszkań w budownictwie wielorodzinnym. Skoro Zamawiający analizował ten dokument to powinien dostrzec, że jest niezwykle mało prawdopodobne, by przedsiębiorca Anders prowadził zakład produkujący lub naprawiający pojazdy metra we wskazanej w dokumencie z CEiDG lokalizacji.

Powyższe prowadzi do wniosku, że Zamawiający nie zachował należytej staranności w toku oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Quattro, wskutek czego został wprowadzony przez tego wykonawcę w błąd.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza

się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wykonawca Quattro zawarł w swoim wykazie dostaw nieprawdziwe informacje, tj. informacje mające wywołać wrażenie, że wykonawca Anders to zakład produkujący lub naprawiający pojazdy metra, co skutkowało powinno wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania. Zaniechanie tej czynności przez Zamawiającego stanowiło naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Zarzut nr 2

3 lipca 2020 r. Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z pkt 23.6 i 23.7 SIWZ wezwał wykonawcę Quattro do

złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w ofercie tego wykonawcy. W odpowiedzi, wykonawca ten 8 lipca 2020 r. złożył przedmiotowe wyjaśnienia wraz z załącznikami. W treści wyjaśnień wykonawca wskazał: „Wszelkie informacje udzielone Państwu w niniejszym wyjaśnieniu, wraz z załącznikami stanowią tajemnicę Przedsiębiorstwa Quattro R. B. i są prawem chronione”.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp zd. pierwsze nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie

do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z powyższego wynika, że obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy spoczywa na wykonawcy. Zamawiający nie jest uprawniony do jakichkolwiek działań na korzyść takiego wykonawcy - Zamawiający ma ograniczyć się do oceny, czy wykonawca w prawidłowy i rzeczywisty sposób wykazał, że spełnione zostały przesłanki pozwalające zastosować wyjątek od reguły jawności postępowania i utrzymać zastrzeżenie tajemnicy w mocy.

W przedmiotowej sprawie nie budzi wątpliwości okoliczność, że wykonawca Quattro nie podjął nawet próby wykazania, że zastrzeżone przez niego dokumenty zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca ograniczył się do jednego, pozbawionego uzasadnienia, zdania. W tej sytuacji obowiązkiem Zamawiającego było odtajnienie wyjaśnień (wraz z załącznikami) wykonawcy Quattro dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w jego ofercie.

Zarzut nr 3

Zarzut ten został podniesiony przez Odwołującego jako ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1 odwołania. Wobec faktu, że zarzut nr 1 potwierdził się, Izba pozostawiła zarzut nr 3 bez rozpoznania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

.....