Sygn. akt: KIO 1185/22

Sygn. akt: KIO 1198/22

WYROK

z dnia 25 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący Renata Tubisz
Robert Skrzeszewski
Agnieszka Trojanowska

Członkowie:

Protokolant: Piotr Cegłowski

---

po rozpoznaniu w dniu 20 maja 2022r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie:

przez odwołujących:

1. w dniu 29 kwietnia 2022r. Databout sp. z o.o. 02-366 Warszawa ul. Bitwy Warszawskiej 1920r. nr 7 (Sygn. akt KIO 1185/22)

oraz

2. w dniu 2 maja 2022r. konsorcjum: 1) Multiconsult Polska Sp. z o.o. 02-203 Warszawa ul. Bonifraterska 17 (lider) oraz 2) TPF Sp. z o.o. 03-236 Warszawa ul. Annopol 22 (Sygn. akt KIO 1198/22)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa

przy udziale przystępujących:

1. konsorcjum:1.Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o. 61-891 Poznań ul. Tadeusza Kościuszki 68 (lider) oraz 2.Biuro Projektów Kolejowych i Usług Inwestycyjnych Sp. z o.o. 90-002 Łódź ul. Tuwima 28 (w sprawie o Sygn. akt KIO 1185/22 oraz w sprawie o Sygn. akt KIO 1198/22)

2. konsorcjum: 1) Multiconsult Polska Sp. z o.o. 02-203 Warszawa ul. Bonifraterska 17 (lider) oraz 2) TPF Sp. z o.o. 03-236 Warszawa ul. Annopol 22 (w sprawie o Sygn. akt KIO 1185/22)

po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Sygn. akt KIO 1185/22

1. Uwzględnia odwołanie nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i nakazuje ponowne badanie oraz ocenę ofert w tym oferty odwołującego celem wyboru najkorzystniejszej oferty

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Databout sp. z o.o. 02-366 Warszawa ul. Bitwy Warszawskiej 1920r. nr 7 tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa na rzecz odwołującego Databout sp. z o.o. 02-366 Warszawa ul. Bitwy Warszawskiej 1920r. nr 7 kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uiszczony wpis przez odwołującego oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego

2. Sygn. akt KIO 1198/22

1. oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego konsorcjum: 1) Multiconsult Polska Sp. z o.o. 02-203 Warszawa ul. Bonifraterska 17 (lider) oraz 2) TPF Sp. z o.o. 03-236 Warszawa ul. Annopol 22 i :

3. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego konsorcjum: 1) Multiconsult Polska Sp. z o.o. 02-203 Warszawa ul. Bonifraterska 17 (lider) oraz 2) TPF Sp. z o.o. 03-236 Warszawa ul. Annopol 22 tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo

zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa

Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

Uzasadnienie

Sygn. akt KIO 1185/22 i Sygn. akt KIO 1198/22

Na podstawie złożonych odwołań i przekazanej do akt sprawy przez zamawiającego dokumentacji prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ustalono:

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 3 stycznia 2022 r.

Przedmiotem zamówienia jest opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania pn.:

„Prace na linii kolejowej 408 i 409 na odcinku Szczecin Główny - Szczecin Gumieńce - granica państwa, etap I: linie kolejowe nr 408 i 409" - w ramach projektu „Prace przygotowawcze dla wybranych projektów sieci TEN-T".

Nr referencyjny postępowania: 9090/IREZA5/25268/06829/21/P

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia

03.01.2022 r. nr 2022/S 001-001935.

Ostatecznie termin składania ofert w Postępowaniu został wyznaczony na 18 lutego 2022 r.

We wskazanym terminie zostało złożonych 7 ofert.

Zestawienie złożonych w Postępowaniu ofert (od najtańszej do najdroższej) wyglądało następująco:

L.p.	Nazwa wykonawcy Zaoferowana cena brutto	
1.	DATABOUT Sp. z o.o.	10.799.400 PLN
2.	Konsorcjum BPK Poznań	11.402.100 PLN
3.	Odwołujący 15.997.380 PLN	
4.	Transprojekt Gdański Sp. z o.o.	17.466.000 PLN

5. BBF Sp. z o.o. 17.589.000 PLN

6. MGGP S.A. 18.056.400 PLN

7. EGIS Poland Sp. z o.o. 32.877.900 PLN

W dniu 22 kwietnia 2022 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu.

Wybrana została oferta Konsorcjum BPK Poznań (też dalej Konsorcjum BPK).

Punktacja przyznana ofertom podlegającym ocenie w kryteriach oceny ofert obowiązujących w Postępowaniu wyglądała następująco:

L.p.	Nazwa wykonawcy	Liczba punktów
1.	Konsorcjum BPK Poznań	100
2.	Odwołujący	71,27
3.	Transprojekt Gdański Sp. z o.o.	65,28
4.	BBF Sp. z o.o.	64,83
5.	MGGP S.A.	63,15
6.	EGIS Poland Sp. z o.o.	34,68

X	DATABOUT Sp. z o.o.	oferta odrzucona

Sygn. akt KIO 1185/22

Odwołanie

Odwołujący wniósł odwołanie na:

a) wykluczenie odwołującego, zwanego dalej też Databout z postępowania,

b) wybór oferty Konsorcjum Biuro Projektów Komunikacyjnych Sp. z o.o. w Poznaniu oraz Biuro Projektów Kolejowych i Usług Inwestycyjnych Sp. z o.o. z Łodzi, zwanego dalej też Konsorcjum BPK, jako najkorzystniejszej w postępowaniu w związku z wykluczeniem Databout.

Odwołujący zaskarżonym działaniom Zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów:

a) art. 16 pkt 1 PZP w zw. z art. 110 ust. 2 i 3 PZP przez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę proporcjonalności;

b) art. 110 ust. 2 i 3 przez przyjęcie, że wykonawca nie wykazał i nie udowodnił, że podjął stosowne środki mające na celu samooczyszczenie;

c) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP przez nieprawidłowe przyjęcie, że Databout wprowadził Zamawiającego w błąd oraz, że miało to miejsce w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa albo lekkomyślności lub niedbalstwa;

d) art. 239 ust. 1 PZP przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty

najkorzystniejszej w Postępowaniu;

ewentualnie

e) art. 128 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, jak również nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru oferty z dnia 22 kwietnia 2022 r. i unieważnienie odrzucenia oferty odwołującego Databout;

b) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym oceny oferty odwołującego z uwzględnieniem prawidłowości dokonanego samooczyszczenia oraz przedstawianych przez Wykonawcę okoliczności związanych z sytuacją Pana P. P. przez uznanie, że Databout spełnia warunki udziału w Postępowaniu
ewentualnie

c) wezwanie Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów podmiotowych na podstawie art. 128 ust 1 PZP;
oraz o:

c) wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;

d) zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.

Według Odwołującego posiada on interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ jest wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę w Postępowaniu. Unieważnienie niezgodnych z PZP czynności Zamawiającego polegających na bezzasadnym odrzuceniu

oferty Odwołującego i w konsekwencji ocena oferty Odwołującego - skutkować będzie wyborem jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego w Postępowaniu, umożliwiając zawarcie z Zamawiającym umowy i uzyskanie przez Odwołującego przedmiotowego Zamówienia.

Niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego doprowadzi do poniesienia przez Odwołującego szkody w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby uzyskując zamówienie. Okoliczności te wyczerpują przesłanki z art. 505 ust. 1 PZP warunkujące dopuszczalność wniesienia odwołania.

Co do zachowania terminu do wniesienia odwołania.

Zamawiający opublikował informację o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego w dniu 22 kwietnia 2022 r. Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a PZP, termin na wniesienie odwołania upływa 2 maja 2022 r. a więc termin na wniesienie niniejszego odwołania został dochowany.

Uzasadnienie odwołania

Warunkiem wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) PZP jest łączne spełnienie wszystkich przesłanek o których mowa w tych przepisach.

Podstawa wykluczenia, wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 8) PZP dotyczy przypadków gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania albo rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji.

Wprowadzenie zamawiającego w błąd musi być wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, rozumianego jako nieostrożność graniczącą z rozmyślnym działaniem, które podważa rzetelność i wiarygodność wykonawcy. W wyroku z 09.01.2020 r. (Sygn. akt sygn. akt KIO 2630/19), Izba wskazała, że „Ustawa 2004 ZamPublU nie definiuje pojęcia „rażącego niedbalstwa", natomiast wypełniając tę lukę orzecznictwo Sądu Najwyższego wskazuje, że „Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej" (por. wyrok SN z dnia 10 marca 2004 r., Sygn. akt IV CK 151/03). Podstawa wykluczenia określona w tym przepisie może być zastosowana wtedy, gdy wykonawca zamierza wprowadzić zamawiającego w błąd, a więc jego działanie cechuje wina umyślna zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Zamiar bezpośredni występuje wtedy, gdy wykonawca chce wprowadzić zamawiającego w błąd, natomiast zamiar ewentualny wtedy, gdy nie chce, ale przewidując możliwość wprowadzenia w błąd, godzi się na to. Poza tym ta podstawa wykluczenia może być zastosowana także wtedy, gdy działanie wykonawcy charakteryzuje rażące niedbalstwo. Nie jest to już wina umyślna, lecz kwalifikowana postać winy nieumyślnej zakładająca, że osoba podejmująca określone działania powinna przewidzieć ich skutki.

Reasumując, wykluczenie na podstawie tego przepisu może nastąpić tylko w sytuacji, gdy wykonawca przedstawia informacje prezentujące fałszywy obraz okoliczności istotnych z punktu widzenia przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia i robi to w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa (por. wyr. KIO z 21.12.2018 r. Sygn akt. KIO 2529/18). Podstawa wykluczenia wskazana w art. 109 ust.1 pkt 10) PZP odnosi się do wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na podejmowane w

postępowaniu przez zamawiającego decyzje. Niedbalstwo można określić jako przeciwieństwo staranności, niepodjęcie określonych działań czy czynności przez lekceważenie ich znaczenia, albo wykonanie zadania w sposób niestaranny, bez dbałości o dokładność, rzetelność czy zgodność z ewentualnymi wymaganiami (prawnymi, technicznymi, formalnymi itp.). Lekkomyślność jest naruszeniem zasad ostrożności, polegającą na dopuszczeniu przez wykonawcę możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd przez przedstawienie informacji i jego bezpodstawnej ocenie, że to nie nastąpi. Niedbalstwo stanowi natomiast brak należytej stronności w działaniu wykonawcy, który nie przewiduje możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd przez przedstawienie określonych informacji mimo, że działając z należytą starannością powinien taki skutek przewidzieć.

Jednocześnie przesłanka ta nie będzie miała zastosowania gdy wykonawca pozostaje w błędnym przekonaniu, że dana informacja jest prawdziwa, a błąd ten nie jest wynikiem braku dochowania należytej staranności.

Odnosząc się do kwestii zarzutu dotyczącego nieprawdziwych informacji dotyczących doświadczenia Pana P. P. w pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, że Pan P. P.

wskazany w wykazie osób skierowanych do realizacji Zamówienia nie jest pracownikiem Databout. Pan P. P. jest ekspertem zewnętrznym, z którym Databout planowała podjąć współpracę z uwagi na jego wiedzę i deklarowane doświadczenie.

W związku z powyższym Databout przed wskazaniem Pana P. P. w wykazie osób do realizacji Zamówienia składanym w niniejszym Postępowaniu dokonała - stosownie do obowiązujących w spółce procedur opracowania ofert - weryfikacji zadeklarowanego przez Pana P. P. doświadczenia, żądając od niego stosownych dowodów potwierdzających jego doświadczenie.

Dowody miały pochodzić od podmiotu trzeciego, tak aby zapewnić ich wiarygodność oraz dochować należytej staranności pozwalającej uniknąć sytuacji, w której Zamawiający zostałby wprowadzony w błąd na skutek nieprawdziwych informacji.

Działania takie były zgodne z wdrożoną w spółce procedurą pn. Procedura 001/PMO przygotowania i weryfikacji oferty oraz uzyskania decyzji o jej złożeniu, która zakłada weryfikację informacji zawartych w ofercie na podstawie stosownych dowodów pozwalających na ocenę ich prawdziwości.

Pan mgr inż. P. P. na żądanie Databout przestawił dwie referencje wystawione przez firmę AECOM Polska Sp. z o.o. (dalej „AECOM") z dnia 25.10.2019 r. odpowiednio:

Referencja nr 1: Temat: „Prace na linii E75 na odcinku Czyżew - Białystok". ODCINEK A: SZLAK MAŁKINIA - CZYŻEW WRAZ ZE STACJĄ CZYŻEW.

Referencja nr 2: Temat: „Prace na linii E75 na odcinku Czyżew - Białystok". ODCINEK B: SZLAK CZYŻEW - SZEPIETOWO oraz ODCINEK C: STACJA SZEPIETOWO.

W powyższych referencjach AECOM potwierdza, że Pan mgr inż. P. P. - Projektant w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym:

w terminie: od 01/03/2017 r. do 30/09/2018 r., opracował dokumentację projektową projektu architektoniczno-budowlanego dla linii kolejowej nr 6 (E75) Czyżew - Białystok, odcinek A: Szlak Małkinia - Czyżew wraz ze stacją Czyżew od km 107,260 od km 113,750 - LCS Białystok - referencja nr 1 .

w terminie: od 01/10/2017 r. do 10/06/2018 r., opracował dokumentację projektową projektu architektoniczno-budowlanego dla linii kolejowej nr 6 (E75) Czyżew - Białystok, odcinek B: Szlak Czyżew - Szepietowo od km 113,750 do km126,000 wraz ze stacją Szepietowo od km 126,000 do 129,100 (Odcinek C). - referencja nr 2

Dowód nr 1: referencje wystawione przez AECOM

W dalszej części referencji wskazano szczegółowo zakres wykonanych prac i firma AECOM stwierdziła, że „Prace projektowe wykonane przez Projektanta Pana P. P. zostały wykonane terminowo z należytą starannością i dbałością o jakość: projektu architektoniczno-budowlanego (,..)"oraz „w trakcie powierzonych prac projektowych Pan P. P. wykazał się fachowością oraz dużym doświadczeniem w przygotowaniu dokumentacji projektowej".

Powyższe dokumenty wprost wskazują na wykonywanie przez Pana P. P. prac projektowych, co Odwołujący działający z należytą starannością przyjął.

Na uwagę zasługuje w tym miejscu także treść oświadczenia AECOM przytoczona przez

samego Zamawiającego w informacji o wyborze najkorzystniej oferty z dnia 22 kwietnia 2022 roku w której Zamawiający stwierdził, że AECOM „potwierdził że Pan P. P. brał czynny udział

w opracowaniu projektu architektoniczno- budowlanego dla linii kolejowej numer 6 (E75)

Czyżew - Białystok w zakresie odcinka A, B i C, zaś funkcja projektanta sprawdzającego została mu przypisana w dokumentacji załączonej do wniosku o udzielenie pozwolenia na budowę celem spełnienia wymogów formalnych wynikających z ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane".

Tym samym podmiot realizujący przedmiotowe opracowania i będący stroną umów z Panem P. P. tj. AECOM nie kwestionuje - wbrew twierdzeniom Zamawiającego - roli Pana P. P. jako projektanta i potwierdza, że brał czynny udział w opracowaniu projektu architektoniczno-budowlanego, co jest spójne z referencjami wystawionymi przez ten podmiot.

W związku z pismem Zamawiającego z dnia 21.03.2022 r. wzywającym Databout do złożenia wyjaśnień w zakresie funkcji pełnionych przez Pana P. P., który w ocenie Zamawiającego przy realizacji wskazanych opracowań „nie był projektantem, ale „sprawdzającym dokumentację", niezależnie od posiadanych dowodów w postaci referencji Databout zwrócił się do Pana P. P. o złożenie stosownych wyjaśnień. W odpowiedzi Pan P. P. potwierdził wcześniej przekazane informacje dodatkowo przekazał Umowy zlecenia nr: 14/2017, 20/2018, 74/2018 zawarte z firmą AECOM w oparciu o które wykonywane były powyższe obowiązki wraz z informacją, że zakres faktycznych prac obejmował prace projektowe.

Zgodnie z przedłożonymi wraz z wyjaśnieniami Umowami, oprócz pełnienia funkcji Projektanta - Sprawdzającego w zakresie obowiązków była również: bieżąca współpraca zarówno w zakresie projektu budowlanego jak i wykonawczego branży sterowania ruchem kolejowym - co wprost wynika z § 1 Umów opisującego czynności, które Pan P. P. zobowiązał się wykonać - a co Zamawiający pomija. Ponadto w Umowach widnieją zapisy o przeniesieniu praw autorskich do dokumentacji, co dodatkowo potwierdza twórczy charakter prac, a nie jedynie sprawdzanie dokumentacji. Gdyby praca Pana P. P. miała wyłącznie charakter prac sprawdzających zapisy o przeniesieniu praw autorskich nie byłyby konieczne z uwagi na brak przedmiotu przeniesienia tych praw (cech zindywidualizowanego utworu). Dowód nr 2: umowy zlecenia Pana P. P.

W piśmie z dnia 23.03.2022 r. wskazaliśmy, że w niniejszym wypadku „sama nazwa stanowiska na dokumentacji nie odzwierciedla dokładnego charakteru faktycznie wykonanych prac „bowiem z pozyskanych informacji wynika, że „Pan P. brał czynny udział w opracowywaniu rozwiązań projektowych, weryfikował rozwiązania i sam wprowadzał zmiany.

Samodzielnie opracowywał plany schematyczne urządzeń srk na stacjach i szlakach, współuczestniczył w opracowywaniu planów sytuacyjnych, przebiegów tras kablowych, lokalizowaniu kontenerów samoczynnej blokady liniowej na szlakach i części opisowej. Charakter prac realizowanych w ramach obydwu wskazanych w wykazie projektów odpowiada charakterowi obowiązków projektanta".

Przedmiotowe Umowy - wbrew temu, co twierdzi Zamawiający - nie potwierdzają, że funkcja Pana P. P. sprawdzała się wyłącznie do roli sprawdzającego, a wyraźnie wskazują, że miały one szerszy zakres. Zamawiający formułując taką tezę poprzestaje wyłącznie na jednym wyrwanym z Umowy zdaniu z pominięciem dalszej części umowy, referencji oraz oświadczeń firmy AECOM.

Zatem dokonana przez zamawiającego ocena informacji przedstawionych przez Databout jako nieprawdziwych informacji jest wysoce wątpliwa i niezgodna ze stanem faktycznym mającym oparcie w dokumentach.

Oznacza to, że twierdzenia Zamawiającego, że „wykonawca nie dochował należytej staranności" oraz „oświadczył nieprawdę" pomijają zarówno treść pozyskanych już na etapie przygotowywania wykazu referencji, jak i oświadczenia AECOM pozyskanego przez Zamawiającego. Swoje twierdzenia Zamawiający opiera włącznie na treści jednego zdania wyrwanego z treści całej umowy zlecenia całkowicie ignorując pozostałe dokumenty (referencje, oświadczenie AECOM), które poddają w wątpliwość forsowanego przez Zamawiającego stanowisko.

Zamawiający stwierdzeniem, że „ani Wykonawca ani firma AECOM Polska Sp. z o.o. nie przedłożyli żadnych dowodów na to, że Pan P. P. brał udział w opracowaniu dokumentacji w szerszym zakresie niż wynika to z funkcji projektanta - sprawdzającego" jawnie pomija treść referencji, w których jest mowa zarówno o wykonywaniu prac projektowych jak i wskazany został zakres tych prac jak również oświadczenia AECOM oraz umów.

W niniejszej sprawie kluczowa powinna być analiza całokształtu dokumentów

zgromadzonych i na tej podstawie ustalenie zakresu obowiązków realizowanych przez daną osobę, a nie sama nazwa stanowiska jaką przypisał mu konkretny Wykonawca w umowie zlecenia, bowiem ta może być całkowicie myląca, a obowiązki wykonywane przez wskazaną osobę pod inną nazwą stanowiska odpowiadają wymaganiom zamawiającego stawianym w postępowaniu będącym przedmiotem odwołania. Tym bardziej, że przy ocenie doświadczenia danej osoby chodzi o jego faktyczne posiadanie tj. nabycie w trakcie zrealizowanych usług, a nie o formalną nazwę stanowisk pełnionych w trakcie realizacji tych usług - do czego próbuje sprowadzić treść warunku Zamawiający.

Jednocześnie jednak przedmiotowej oceny nie można sprowadzić wyłącznie - jak próbuje to uczynić Zamawiający - do jednego zdania zawartego w treści umów zlecenia „Projektant - sprawdzający" - należało dokonać oceny całokształtu okoliczności i dokumentów i ustalić, co faktycznie wykonywał Pan P. P. Zamawiający takiej oceny całkowicie zaniechał pomimo, że uznanie doświadczenia Pana P. było w pełni uzasadnione z uwagi na treść referencji i oświadczeń firmy AECOM.

Ponadto odnosząc się do kolejnej przesłanki wynikającej z art. 109 ust 1 pkt 8 i 10 PZP

warunkującej wykluczanie wykonawcy stwierdzić należy, iż nieprawdziwe jest stwierdzenie Zamawiającego, że „wykonawca nie dochował należytej staranności w związku z przedstawieniem Wykazu osób". Jak dowiedziono wyżej Databout w toku weryfikacji informacji przekazywanych w ofercie pozyskała referencje od podmiotu, który był wykonawcą obu opracowań tj. AECOM, zatem dochowała należytej staranności wymaganej od wykonawcy, opierając swoje ustalenia na dokumentach pochodzących od podmiotu trzeciego. Brak jest także podstaw do stwierdzenia, że taka weryfikacja odbyła się dopiero po wezwaniu do wyjaśnień.

Powyższe potwierdza brak przeprowadzenia przez Zmawiającego rzetelnej i wszechstronnej analizy wyjaśnień i dowodów i poprzestanie wyłącznie na celu - realizowanym w oparciu o jedno zdanie zawarte w umowie - którym było wykluczenie Databout. Taka teza zdaje się potwierdzać także prowadzona przez Zamawiającego ocena procedury samooczyszczenia przeprowadzonej przez Databout.

Niezależnie od powyższych argumentów pragniemy w tym miejscu wskazać na wnioski płynące z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2021-04-28, KIO 773/21 w którym Izba

oceniła analogiczny stan faktyczny. Z uzasadnienia wyroku wynika, że: „(...) Przystępujący na wezwanie Zamawiającego złożył referencje pochodzące od firmy Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie sp. z o.o. z 01 lipca 2020 roku. W treści referencji wskazano jako kierownika robót mostowych Pana D. Ł. Wykonawca złożył także dokument - referencje pochodzące od firmy Aror sp. z o.o. sp. k., w treści których wskazano, że Pan D. Ł. pełnił funkcję Kierownika Robót Mostowych w ramach zadania (.). Z uwagi na okoliczność, że Wykonawca dysponował powyższymi dokumentami, trudno jest przypisać mu lekkomyślność, niedbalstwo przy przedstawieniu informacji, że Pan D. Ł. pełnił funkcję kierownika robót mostowych. Wykonawca (.) działał w zaufaniu do treści dokumentów, które przedstawiały podmioty, które uczestniczyły w realizacji zamówienia i powinny dysponować wiedzą w zakresie kadry, która brała udział w pracach. Skoro z dokumentów tych wynikało, że Pan D. Ł. pełnił funkcję kierownika robót mostowych, to Wykonawca miał pełne prawo uznać, że zawierają dane zgodne z rzeczywistością i jest uprawniony do tego, aby się nimi posługiwać. Skoro nie można przypisać Przystępującemu niedbalstwa, rażącego niedbalstwa czy lekkomyślności, to nie można uznać, że spełnione zostały wszystkie przesłanki artykułu 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. A zatem nie zachodziła podstawa do wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Prawo zamówień publicznych".

Z kolei w wyroku z dnia 6 lutego 2019 r. Sygn. akt: KIO 131/19 w której strona była PKP PLK a przedmiot sporu dotyczył m/in kwestii projektanta sprawdzającego „Izba stwierdziła, że - w okolicznościach danej sprawy - odwołujący nie wykazał, aby złożenie przez przystępującego informacji wprowadzających w błąd było wynikiem "rażącego niedbalstwa" (art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp) lub lekkomyślności czy niedbalstwa, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że przystępujący mógł działać w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu, że wskazana przez niego osoba, przy opracowaniu dokumentacji projektowych wymienionych w wykazie, pełniła funkcję projektanta. Dostrzeżenia wymagało, że w jednym z dokumentów urzędowych, jakim była decyzja organu administracji, osobę wskazaną w wykazie określono mianem projektanta. (...) W ww. decyzji organ zatwierdzając pozwolenie na budowę nazywał kwestionowaną osobę projektantem, pomimo iż w załączniku nr 1 do tej decyzji - projekcie budowlanym - posłużono się sformułowaniem "sprawdzający". Przypomnienia wymagało, że zgodnie z art. 244 § 1 KPC, dokumenty urzędowe,

sporządzone w przepisanej formie przez powołane do tego organy władzy publicznej i inne organy państwowe w zakresie ich działania, stanowią dowód tego, co zostało w nich urzędowo zaświadczone. W tej sytuacji, przystępujący miał prawo działać w zaufaniu do dokumentu urzędowego, jakim była omawiana decyzja, która cieszyła się domniemaniem zgodności z rzeczywistością. Zdaniem Izby wykonawca, biorąc pod uwagę profesjonalny charakter prowadzonej przez siebie działalności, ubiegając się o publiczny kontrakt obowiązany jest zweryfikować przekazywane przez siebie dane. W przypadku wypełniania wykazu doświadczenia osób kierowanych do realizacji zamówienia nie może opierać się wyłącznie na zapewnieniach samej osoby proponowanej na dane stanowisko, bez sprawdzenia tych oświadczeń w innych, niezależnych źródłach. Jednakże, w analizowanej sprawie, gdy nawet niektóre dokumenty urzędowe zawierały informacje niezgodne z rzeczywistością, przystępującemu nie można przypisać jakiejkolwiek winy przy przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd".

Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy - Databout nie można przypisać celowego działania, niedbalstwa, rażącego niedbalstwa czy lekkomyślności - jak wykazano wykonawca pozyskał dowody zewnętrze, których celem była weryfikacja prawdziwości twierdzeń zawartych w wykazie osób.

Jedynie z ostrożności Odwołujący podnosi, że nawet gdyby Zamawiający uznał, że Pan P. P. nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu (z czym Odwołujący się nie zgadza) to powinien wezwać wykonawcę w trybie art. 128 PZP do uzupełnienia dokumentów podmiotowych. Nie miał bowiem podstaw do kwestionowania starannego działania po stronie

Wykonawcy.

Odnosząc się do oceny procedury samooczyszczenia przedstawionej przez Databout i jej skuteczności Zamawiający naruszył art. 110 ust 2 i 3 PZP oraz 16 PZP przez przeprowadzenie tej oceny z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności oraz przejrzystości. Ocena została dokonana w oderwaniu od stanu faktycznego, złożonych wyjaśnień i dowodów złożonych przez Odwołującego.

Instytucja samooczyszczenia stanowi element procedury postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i podlega tym samym zasadom, co pozostałe instytucje służące do weryfikacji podmiotowej wykonawców. Jest to mechanizm pozwalający uznać wykonawcę za wiarygodnego (lub - w przypadku jej niepowodzenia - za niewiarygodnego), chociaż formalnie podlegałby on wykluczeniu z postępowania.

Jakkolwiek z art. 110 ust 3 PZP wynika, że ocena wyjaśnień i przedłożonych dowodów pozostawiona jest uznaniu zamawiającego, a sama ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera żadnych instrukcji, w jaki sposób należy oceniać dane dowody, to ocena ta winna wynikać z zasad logiki życiowej, wiedzy oraz doświadczenia życiowego i zawodowego i powinna zostać przeprowadzona w stosunku do poszczególnych wykonawców w sposób analogiczny.

Zgodnie z orzecznictwem ocena dokonana przez zamawiającego nie może być dowolna, a więc w przypadku tej procedury należy zapewnić przejrzystość oceny zamawiającego, tak wobec samego wykonawcy, jak i pozostałych uczestników postępowania. Przyjęcie, iż to wyłącznie od subiektywnej decyzji zamawiającego miałoby zależeć uznanie, czy wykonawca skutecznie dokonał samooczyszczenia, nie jest możliwe do pogodzenia z zasadą przejrzystości, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Tym samym ocena dokonana przez danego zamawiającego musi być subiektywno-obiektywna, tzn. owszem, jest jego oceną indywidualną, ale musi zostać dokonana i uzasadniona w oparciu o obiektywnie weryfikowalne podstawy. Tym samym konkluzją oceny zamawiającego nie może być wyłącznie subiektywne przekonanie co do braku możliwości zaufania wykonawcy, lecz muszą zostać wskazane obiektywne (powszechnie i racjonalnie weryfikowalne) podstawy odnoszące się do środków zaradczych podjętych celem wykazania rzetelności danego wykonawcy (patrz wyrok z dnia 28 maja 2021 r. Sygn. akt KIO 1007/21).

Przechodząc do samooczyszczenia przedstawionego przez Databout w pierwszej kolejności wskazać należy, iż nieprawdziwe jest stwierdzenie, że wykonawca nie udzielił wyjaśnień stosownie do art. 110 ust 2 pkt 1) i 2) pkt PZP.

W Załączniku nr 1 do JEDZ z wyjaśnieniami oraz informacjami o czynnościach samooczyszczenia stosownie do art.110 ust.2 ustawy Pzp w pkt 1) Wyjaśnienie faktów i okoliczności związanych z sankcjonowanym zachowaniem - Databout wskazała, że „w postępowaniu pn. „Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E 30 i E 65) na obszarze Śląska na odcinku Katowice - Gliwice - opracowanie Studium Wykonalności w ramach

projektu pn.: „Prace przygotowawcze dla wybranych projektów" prowadzonym przez PKP PLK naszym celem nie było wprowadzenie Zamawiającego w błąd, a zdarzenie to polegające na podaniu nieprawdziwej informacji dotyczącej potencjału kadrowego miało charakter jednostkowy". W dalszej części wskazano na wyrok stanowiący podstawę przedmiotowego wykluczenia, w którym szczegółowo opisane są okoliczności i stan faktyczny. „Niemniej jednak Databout respektuje wyrok z dnia 24.09.2021 KIO 2502/21". Tym samym szczegółowe okoliczności wprost wynikają z wyroku, którego treść jest powszechnie dostępna i do którego odwołuje się w piśmie. Za nieuzasadnione należy uznać oczekiwanie Zamawiającego, że wykonawca będzie podawał te same szczegółowe okoliczności, które wynikają z dostępnych dokumentów. Ponadto sformułowania Databout jednoznacznie wskazują, że nieprawdzie informacje dotyczyły potencjału kadrowego. Odnosząc się do kwestii braku wskazania szkody, zauważyć należy, iż w niniejszym przypadku w ogóle nie ma mowy o szkodzie, stąd uzasadnienie w tym zakresie jest bezprzedmiotowe. Na tym tle trudno oprzeć się wrażeniu, że Zamawiający stawia znak równości miedzy sytuacją w której samooczyszczenie jest następstwem nienależytego wykonania umowy, a sytuacją w której wykonawca został wykluczony na skutek wprowadzenia Zamawiającego w błąd w przetargu. W tym drugim wypadku zasadniczo nie dochodzi do szkody bowiem nie dochodzi do zawarcia umowy - konsekwencje swojego działania podnosi sam Wykonawca.

Oznacza to, że procedura samooczyszczenia będzie wyglądała inaczej w sytuacji gdy jest następstwem wprowadzania Zamawiającego w błąd w toku postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym cytowany przez zamawiającego art. 110 ust 2 pkt 1) i 2) PZP należy interpretować w kontekście konkretnego stanu faktycznego.

Nie mniej jednak stwierdzić należy, iż Zamawiający dysponował wszelkimi informacjami bowiem Odwołujący przekazał informację o fakcie wprowadzania w błąd przez podanie nieprawdziwej informacji dotyczącej potencjału kadrowego, a opis stanu faktycznego i rozstrzygniecie wprost wynika z przywołanego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, który jest powszechnie dostępny. Ocena Zamawiającego stanowi więc przejaw nie tylko nadmiernego formalizmu ale także naruszenia zasady przejrzystości, proporcjonalności oraz nierównanego traktowania wykonawców.

Zauważyć bowiem należy, iż samooczyszczenie złożone przez firmę BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w którym wskazano „w nawiązaniu do zapisów art. 110 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy prawo zamówień publicznych uprzejmie informuję, że BBF sp. z o.o. w trakcie postępowania na: Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad opracowaniem projektów wykonawczych i wykonaniem robót budowlanych w ramach projektu pn.: „Rewitalizacja i odbudowa częściowo nieczynnej linii kolejowej nr 182 Tarnowskie Góry - Zawiercie" realizowanego w ramach POIiŚ 20142020, prowadzonego przez: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. wprowadziliśmy w/w zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełniamy warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia osoby wskazywanej na inspektora nadzoru branży SRK. Na gruncie postępowania tego zapadł niekorzystny dla nas wyrok KIO 2422/20" - zostało uznane za prawidłowe mimo, iż analogicznie opisują stan faktyczny. BBF (strona 2) w treści złożonego dokumentu wskazał: „Informujemy, że okoliczności związane z nieprawidłowym postępowaniem zostały wyczerpująco wyjaśnione w trakcie korespondencji prowadzonej z zamawiającym, w tym na etapie postępowania odwoławczego KIO".

Takie działania Zamawiającego naruszają wprost zasadę równego traktowania wykonawców ale także proporcjonalności, bowiem nawet gdyby Zamawiający miał wątpliwości co do samooczyszczenia Databout to mógł uruchomić procedurę wyjaśnień, zatem jego działania w postaci wykluczenia były nieadekwatne do rzekomych braków zarzucanych samooczyszczeniu Databout.

Ponadto nieuzasadnione jest stwierdzenie Zamawiającego, że „wykonawca nie wskazuje szczegółowych okoliczności" przeprowadzonej procedury samooczyszczenia oraz że „wyjaśnienia Wykonawcy, nie zawierają jakichkolwiek konkretnych informacji dotyczących przyjętych rozwiązań".

Databout wskazało, że „Do najważniejszych działań, które zostały wdrożone zaliczyć: należy:

a) Wzmocnienie obszaru ofertowania poprzez poszerzenie zakresu obowiązków osoby pełniącej funkcję Kierownika Działu Przetargów oraz zapewnienie stałej obsługi prawnej. (.)

b) Opracowanie i wdrożenie wielostopniowej weryfikacji ofert, aby wyeliminować: ryzyko błędów na kilku poziomach. (.)

c) Zawarcie umowy z firmą specjalizującą się w świadczeniu usług doradczych z zakresu zamówień publicznych. (...).".

Tym samym Odwołujący wskazał trzy główne obszary w których podjął działania zmierzające do uniknięcia w przyszłości sytuacji podania w ofercie nieprawdziwych informacji, a każdy z nich został opisany i zostały załączone dowody.

Za zupełnie niezrozumiałe należy uznać zarzuty Zamawiającego odnoszące się do Procedury 001/PMO i stanowisko, że „nie wiadomo, co konkretnie było przedmiotem aktualizacji tego dokumentu".

Po pierwsze wyraźnie wskazano, że nastąpiło „Opracowanie i wdrożenie wielostopniowej weryfikacji ofert, aby wyeliminować ryzyko błędów na kilku poziomach".

Po drugie wskazano, że „Zmodyfikowany w konsekwencji wdrożonych działań naprawczych autorski proces wielostopniowej weryfikacji ofert oraz Wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wprowadza kilka poziomów decyzyjnych oraz dwa poziomy weryfikacji merytorycznej i formalnoprawnej, angażujących niezależne osoby, pozwalając na skuteczne eliminowanie możliwych błędów bądź: omyłek w dokumentach przed ich złożeniem".

Chybiony jest także zarzut o zawarciu umowy na obsługę prawną w dniu 30.09.2021r. Odwołujący mając na względzie przebieg rozprawy przed KIO oraz ewentualne negatywne konsekwencję tego wyroku dla prowadzonej działalności podjął stosowne działania z odpowiednim wyprzedzeniem. Stanowisko Zamawiającego ogranicza się do generalnych stwierdzeń formułowanych w oderwaniu od treści złożonych przez Odwołującego dokumentów w tym dowodów. Jednak brak konkretnego wskazania, czego w rzeczywistości oczekiwałby Zamawiający, aby wyjaśnienia uznał za wystarczające, przekonujące i budzące zaufanie, zwłaszcza że wyjaśnienia firmy BBF Sp. z o. z siedzibą w Poznaniu uznał za wystarczające choć nawet pobieżna ich analiza prowadzi do wniosku, że zakres tych informacji jest węższy niż informacji przedstawionych przez Odwołującego.

Na marginesie wskazujemy także naruszenie przez Zamawiającego art. 253 ust 1 pkt 2 PZP z powodu wadliwego uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego. Przywołane okoliczności faktyczne są szersze niż podstawy prawne odrzucenia, co ogranicza uprawniania wykonawcy do wnoszenia środków ochrony prawnej.

Ponadto Zamawiający nie jest uprawniony w okolicznościach niniejszej sprawy do kumulatywnego przywołania przesłanek wykluczenia z art. 110 ust 1 pkt 8 i 10 PZP bowiem powinien dokonać rozstrzygnięcia czy działanie wykonawcy wyczerpywało znamiona zamierzonego działania, rażącego niedbalstwa, lekkomyślności czy też niedbalstwa.

Z uwagi na powyższe Odwołujący wniósł jak na wstępie.

Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie - pismo z dnia 20 maja 2022 (w aktach sprawy - Sygn. akt KIO 1185/22)

Wniósł o oddalenie w całości odwołania jako oczywiście bezzasadnego.

I. Zarzut prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasady z art. 16 pkt 1 Pzp

(1) Zamawiający podnosi, że poza ogólnie sformułowanym zarzutem zawartym w pkt (3) lit. a niniejszego pisma odwołujący nie wskazał w treści odwołania jakichkolwiek okoliczności uzasadniających ów zarzut. Odwołujący tym samym w ogóle nie skonkretyzował na czym polega jego zdaniem niezgodne zachowanie zamawiającego z przywołanymi podstawami prawnymi odnoszącymi się do zasad postępowania o udzielenie zamówienia.

(2) W ślad za Izbą w wyroku z 13 marca 2020 r., KIO 431/20, zamawiający wskazuje, że „poza treścią samego odwołania wykonawca nie ma możliwości doprecyzowywania zawartych w nim zarzutów przez wskazywanie na właściwe im okoliczności faktyczne. Jeżeli zatem podnoszone przez odwołującego w toku rozprawy przed Izbą okoliczności nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich późniejsze wskazywanie nie może być, w świetle przepisu art. 192 ust. 7 dPzp, brane przez Krajową Izbę Odwoławczą pod uwagę, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy faktycznej zarzutu".

(3) Zamawiający może domniemywać jedynie - ze względu na powiązanie przez

odwołującego ww. zarzutu z art. 110 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - że być może odwołujący uważa się za pokrzywdzonego w stosunku do oferty złożonej przez wykonawcę BBF. W treści odwołania Databout wskazał, że „jednak brak konkretnego wskazania, czego w rzeczywistości oczekiwałby Zamawiający, aby wyjaśnienia uznał za wystarczające, przekonujące i budzące zaufanie, zwłaszcza że wyjaśnienia firmy BBF Sp. z o. z siedzibą w Poznaniu uznał za wystarczające choć nawet pobieżna ich analiza prowadzi do wniosku, że zakres tych informacji jest węższy niż informacji przedstawionych przez Odwołującego". Podobna treść w stosunku do innego wykonawcy zawarta została na str. 10 odwołania, tj.: „Zauważyć bowiem należy, iż samooczyszczenie złożone przez firmę BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w którym wskazano (...) - zostało uznane za prawidłowe mimo, iż analogicznie opisują stan faktyczny. BBF (strona 2) w treści złożonego dokumentu wskazał: „Informujemy, że okoliczności związane z nieprawidłowym postępowaniem zostały wyczerpująco wyjaśnione w trakcie korespondencji prowadzonej z zamawiającym, w tym na etapie postępowania odwoławczego KIO".

(4) W związku z powyższym zamawiający wskazuje, że ocena rzekomo wadliwego zachowania zamawiającego na etapie badania i oceny ofert zaprezentowana przez odwołującego jest całkowicie nieuzasadniona. W pierwszej kolejności podnieść należy, że zamawiający - co w sposób całkowicie nieuprawniony sugeruje odwołujący - nie wyraził jakiegokolwiek stanowiska, a w szczególności nie oświadczył, iż akceptuje złożone przez BBF wyjaśnienia udzielone w trybie art. 110 ustawy Pzp.

(5) Przeciwnie zamawiający wskazuje, że nie oceniał złożonych wyjaśnień ze względu na przyjęty sposób prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w postaci zastosowania art. 139 ustawy Pzp. Nadto, stanowisko odwołującego oznacza, że nie posiada on wiedzy dotyczącej stosowania przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego na etapie badania i oceny złożonych ofert. Zgodnie bowiem z treścią art. 126 ust. 1 ustawy Pzp „zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych". Warto wskazać, że w tym zakresie ustawodawca zmienił sposób oceny ofert już w nowelizacji z 2016 r., gdzie wprowadzona została zasada dokonywania oceny oferty, która została najwyżej ocenia w miejsce konieczności badania wszystkich złożonych ofert. W związku z dokonanym przez zamawiającego rankingiem ofert - oferta wykonawcy BBF została sklasyfikowana na miejscu odległym a co za tym idzie w pierwszej kolejności zamawiający przeprowadził badanie i ocenę oferty sklasyfikowanej na miejscu pierwszym - tj, oferty złożonej przez Databout sp. z o.o.

(6) Mając na uwadze powyższe zarzut nierównego traktowania wykonawców przez zamawiającego podczas oceny ofert należy uznać za bezzasadny. Natomiast, zastosowana przez odwołującego próba przywołania rzekomo analogicznej sytuacji w zakresie oceny oferty innego wykonawcy (BBF) jest niepoważna i świadczy o braku posiadania argumentacji merytorycznej w zakresie obrony własnej oferty.

Zarzut wprowadzenia w błąd zamawiającego

(7) Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez zamawiającego „art. 226 ust.1 pkt 2 lit.a PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP poprzez nieprawidłowe przyjęcie, że Databout wprowadził Zamawiającego w błąd oraz, że miało to miejsce w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa albo lekkomyślności lub niedbalstwa".

(8) Zamawiający poddaje pod ocenę Izby czy powyższy zarzut został sformułowany zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Z treści bowiem tak sformułowanego zarzutu nie można wywnioskować w ogóle jego zakresu poza przywołanymi podstawami prawnymi. Odwołujący dopiero w uzasadnieniu odwołania dokonuje próby uszczegółowienia podstaw stanowiących treść zarzutu a zdaniem zamawiającego działanie takie powinno zostać uznane za nieprawidłowe. Postępowanie odwoławcze jest bowiem postępowaniem niezwykle sformalizowanym ze względu na fakt, że po obu stronach występując podmioty profesjonalne prowadzące działalność gospodarczą (a więc posiadające również wykwalifikowany personel w tym posiadający wiedzę prawniczą). W związku z tym formalizm wynikający z przepisów ustawy nie jest jedynie wynikiem profesjonalizmu określonej osoby, ale ma swe skutki prawne i procesowe dla rozstrzygnięcia sprawy przez Izbę. W związku z tym, nie można zgodzić się na pominięcie obowiązkowych elementów odwołania lub też na ich określenie w sposób całkowicie ogólny.

(9) Odnosząc się jednak do uzasadnienia odwołania zamawiający wywnioskował, że odwołujący nie zgadza się z decyzją o odrzuceniu jego oferty ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji w stosunku do doświadczenia P-a P. P. - osoby wskazanej w

wykazie osób dla wykazania warunku udziału w postępowaniu a to ze względu na następujące okoliczności:

a. „Pan P. P. wskazany w wykazie osób skierowanych do realizacji

Zamówienia nie jest pracownikiem Databout";

b. Pana P. P. jako projektant, że brał czynny udział w opracowaniu projektu architektoniczno-budowlanego;

c. „funkcja projektanta sprawdzającego została mu przypisana w dokumentacji załączonej do wniosku o udzielenie pozwolenia na budowę celem spełnienia wymogów formalnych wynikających z ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane";

d. w Umowach - zlecenia zawieranych przez P. P. - widnieją zapisy o przeniesieniu praw autorskich do dokumentacji.

(10) Zamawiający wskazuje, że nawet pobieżna analiza wyspecyfikowanych powyżej głównych zarzutów odwołującego jest nie tyle wewnętrznie sprzeczna, nielogiczna, niezgodna z powszechnie obowiązującymi przepisami (ustawy Prawo budowlane), ale wręcz całkowicie kompromitująca.

(11) W pierwszej kolejności odwołujący uważa, że jego ofertę należy ocenić w niejako odmiennych warunkach - czytaj łagodniejszych - ze względu na to, że P. P. nie jest pracownikiem Databout. Jest to całkowicie autorska wizja sposobu dokonania oceny złożonych ofert, która niestety dla odwołującego nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp. Okoliczność ta jest irrelewantna z punktu widzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, jak również ze względu na wprowadzenie zamawiającego w błąd. Wynika to z prostej zasady - ofertę składa wykonawca, który ponosi całkowitą odpowiedzialność za treści składającego się na ofertę (również w znaczeniu sensu largo). Tym samym odpowiedzialność nie może zostać przeniesiona - jak to próbuje uczynić w odwołaniu Databout - na P. P., czy też na ówczesnego jego pracodawcę.

(12) Zamawiający wskazuje, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem nie tylko nabycie określonych dóbr dla zaspokojenia potrzeb społecznych w sposób przejrzysty i konkurencyjny, ale także ochrona środków publicznych przed wydatkowaniem ich w sposób nieefektywny. Do takiego nieefektywnego wydatkowania może dojść właśnie przez wybór wykonawcy, który nie dysponuje dostatecznie doświadczoną kadrą mimo wcześniejszych zapewnień składanych w toku procedury o udzielenie zamówienia. Stąd też wprowadzony jest mechanizm art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, a jego konsekwencją jest nałożenie na wykonawców obowiązku podwyższonej staranności przy przedstawianiu informacji zamawiającemu pod rygorem sankcji wykluczenia. W konsekwencji to, co można uznać za standardowe postępowanie przy kontraktowaniu cywilnoprawnym, może okazać się niewystarczające na gruncie ustawy. Działanie w zaufaniu do kontrahenta może bowiem pozbawić niezbyt ostrożnego wykonawcę kontraktu, jeśli okaże się, że informacje podane zamawiającemu są niezgodne z rzeczywistością. Tym samym standardem przy składaniu ofert w zamówieniach publicznych jest weryfikowanie danych podawanych zamawiającemu w celu uniknięcia wprowadzenia zamawiającego w błąd.

(13) W związku z tym, argument odwołującego zawarty w lit. a powyżej należy uznać za bezprzedmiotowy.

(14) Podobnie ocenić należy stanowisko odwołujący jakoby P. P. brak czynny udział w sporządzeniu dokumentacji. Pomijając złożone - dopiero na wezwanie zamawiającego - „dowody", którym zamawiający podczas badania i oceny ofert nie dał absolutnie żadnej wiary; odwołujący w swoich zarzutach zawartych w odwołaniu całkowicie zapomina o treści warunku udziału w postępowaniu. Celem warunku nie jest ustalenie czy określona osoba brała jakikolwiek udział w opracowaniu dokumentacji, czy była jej autorem (projektantem) - a więc czy opracowała dokumentację. W związku z tym, już z tej przyczyny argumenty zaprezentowane przez odwołującego świadczące o rzekomej współpracy, udziale itp. należy uznać za chybione.

(15) Nadto, odwołujący pomija w całości własne oświadczenia, które zostały złożone zamawiającemu w treści składanych dokumentów - wykazu osób. W Załączniku nr 6a do

IDW

(16) A więc Databout złożył następujące oświadczenie:

- Zajmowane stanowisko (w czasie wykonywania usługi) - projektant;

■ Opis doświadczenia w poszczególnych okresach potwierdzających spełnianie warunków (poszczególnych wykonanych usług) - Pan P. w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert opracował w charakterze projektanta w danej branży co najmniej 2 dokumentacje projektowe.

(17) Powyższe informacje są oczywiście nieprawdziwe, bowiem P. P. nie pełnił funkcji projektanta co Databout przyznało w korespondencji z zamawiającym przedstawiając również nowy wykaz osób, w którym funkcja P. P. została zmieniona na „Projektant sprawdzający". Nadto, informacja jako P. P. opracował wskazane w wykazie dokumentacje projektowe również jest nieprawdziwa - bowiem projektantem wskazanym w tych dokumentacjach jest inna osoba (okoliczność bezsporna).

(18) Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 23.03.2022 r. podjął próbę konwalidacji ww. błędy polegającego na podaniu nieprawdziwych informacji poprzez modyfikację wykazu osób.

(19) Oznacza to, że obecne próby odwołującego sprowadzające się do przekonania Izby o fakcie rzekomej współpracy czy też czynnego udziału P. P. co należy kwalifikować jako wykonanie - zdaniem odwołującego dokumentacji, a co za tym idzie przypisania autorstwa dokumentacji projektowej P-u P. Przystępujący. Oczywiście takie działania odwołującego nie mogą mieć jakiegokolwiek znaczenia, bowiem czym innym jest czynność polegająca na współpracy czy też pomocy innej osobie, a czym innym jest stworzenie dzieła jako jego autor.

(20) Za wręcz szokującą należy uznać argumentację odwołującego, że „funkcja projektanta sprawdzającego została mu przypisana w dokumentacji załączonej do wniosku o udzielenie pozwolenia na budowę celem spełnienia wymogów formalnych".

(21) Zgodnie z art. 20 ust. 2 ustawy Prawo budowlane projektant zapewnia sprawdzenie projektu architektoniczno-budowlanego oraz technicznego pod względem zgodności z przepisami, w tym techniczno-budowlanymi, przez osobę posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w odpowiedniej specjalności. Natomiast, funkcję projektanta pełni zawsze osoba, która jest autorem projektu budowlanego. Jak słusznie zauważył M. K. „sprawdzenie projektu architektoniczno-budowlanego jest w istocie skontrolowaniem dzieła. W związku z tym sprawdzający, legitymując się uprawnieniami budowlanymi do projektowania bez ograniczeń w odpowiedniej specjalności, nie może być autorem ani współautorem projektu" .

(22) Nadto, zgodnie z wyrokiem NSA „czym innym jest sporządzenie projektu budowlanego w zakresie architektury i konstrukcji, a czym innym jego sprawdzenie pod

względem zgodności z przepisami". W tym zakresie spójne stanowisko zajmuje dr A. K. z Izby Projektowania Budowlanego, która wskazała, że „czynności sprawdzające powinna wykonać osoba inna niż ta, która opracowywała projekt" .

(23) Wywnioskować zatem należy, że norma prawna zawarta w przepisie art. 20 ust. 2 ustawy Prawo budowlane określa jednoznaczny sposób postępowania w zakresie opracowania dokumentacji i jej sprawdzenia. Nadto, zarówno judykatura jak i doktryna, w tym przedstawiciel Izby Projektowania Budowlanego prezentują spójne stanowisko w tym zakresie.

(24) Natomiast odwołujący - jako podmiot profesjonalny - bez jakiegokolwiek skrępowania prezentuje swoje stanowisko, że: 1. osoba projektanta sprawdzającego została wpisana do projektu „na niby"; 2. rzekomo kto inny jest projektantem (autorem) a osoba wskazana w dokumentacji jako projektant to osoba fikcyjna; 3. P. P. choć nie jest projektantem tej dokumentacji to brał udział, bowiem pomagał 4. P. P. choć jest wskazany jako projektant sprawdzający to nie weryfikował tej dokumentacji itp.

(25) Z takim sposobem argumentacji, jak i prezentowania swoich argumentów trudno się zgodzić, natomiast istotne w niniejszej sprawie jest to, że argumentacja ta jest oczywiście błędna i nie może zasługiwać na uwzględnienie.

(26) Ostatni z elementów „argumentacji" odwołującego jest fakt wskazania w umowach zlecenia P. P. klauzuli dotyczącej przeniesienia praw autorskich. Zamawiający w tym zakresie wskazuje, że ów umowy mogą stanowić dowód jedynie tego, że została zawarta umowa o określonej treści. A nie jak próbuje wywnioskować odwołujący, że stanowi to dowód wykonania dzieła w postaci określonej dokumentacji projektowej (wskazanej w wykazie osób).

Zarzut dotyczący instytucji samooczyszczenia

(27) Kolejny zarzut odwołującego dotyczy próby zastosowania przez niego instytucji

samooczyszczenia. Treść zarzutu jest następująca: art. 110 ust. 2 i 3 poprzez przyjęcie, że wykonawca nie wykazał i nie udowodnił, że podjął stosowne środki mające na celu samooczyszczenie.

(28) W tym miejscu zamawiający ponownie wskazuje na wadliwość skonstruowania zarzutu poprzez zawarcie sformułowań ogólnych. Nadto przywołanie w istocie li tylko podstawy prawnej nie wypełnia obowiązku jakiego ustawodawca nałożył na odwołującego.

(29) Co istotne, w treści uzasadnienia wykonawca poza polemiką z decyzją zamawiającego nie przedstawia jakichkolwiek informacji uzasadniających błędnej decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego z przyczyn, o których mowa w art. 110 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Polemika odwołującego sprowadza się jedynie do zakwestionowania stanowiska zamawiającego, m.in.:

(30) Powyższe fragmenty odwołania są w istocie - poza odwołaniem się dwukrotnie do oferty BBF - całością zaprezentowanej przez odwołującego argumentacji w zakresie omawianego zarzutu. Dokonując analizy tak ustalonego zarzutu, jak również jej argumentacji zamawiający w całości podtrzymuje swoje stanowisko o odrzuceniu oferty odwołującego.

(31) Odwołujący nie sprostał wymaganiom zawartym w przepisie art. 110 ustawy Pzp i nie wykazał przesłanek tam zawartych. Nadto, niezrozumiałym jest wyrażone w odwołaniu oczekiwanie odwołującego jakoby zamawiający zobowiązany był do wskazania treści, które oczekuje zamawiający w procedurze samooczyszczenia. Poniżej fragment odwołania:

(32) W związku z powyższym, a w szczególności brakiem wskazania jakichkolwiek konkretnych argumentów dla niniejszego zarzutu zamawiający wnosi o jego oddalenie.

W związku z powyższym, zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Sygn. akt KIO 1185/22

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Krajowa Izba Odwoławcza (Izba) dokonując oceny argumentacji faktycznej i prawnej stanowisk przedstawionych w odwołaniu i w odpowiedzi na odwołanie, jak również złożonych wyjaśnień i dokumentów przez strony, uczestników oraz przeprowadzając postępowanie dowodowe na rozprawie stwierdza, że zarzuty odwołania potwierdziły się w całości. Odwołujący składając na poparcie stanowiska wyjaśnienia oraz dowody wykazał, że czynność zamawiającego, o odrzuceniu jego oferty jest nieuprawniona i narusza wskazane w odwołaniu przepisy ustawy PZP, co może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a powyższe skutkuje uwzględnieniem odwołania w całości w myśl art. 554 ust.1 pkt 1 ustawy PZP.

Tym samym Izba przyjmuje argumentację co do faktów i prawa zawartą w odwołaniu za własną.

Odwołujący w złożonym odwołaniu wskazał na następujące czynności i zaniechania zamawiającego oraz przedstawił zarzuty i żądania jak poniżej.

Odwołujący wniósł odwołanie wskazując na czynności zamawiającego:

a) wykluczenie odwołującego Databout z postępowania,

b) wybór oferty Konsorcjum BPK jako najkorzystniejszej w postępowaniu w związku z wykluczeniem odwołującego Databout.

Odwołujący zaskarżonym działaniom zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów:

a) art. 16 pkt 1 PZP w zw. z art. 110 ust. 2 i 3 PZP przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę proporcjonalności,

b) art. 110 ust. 2 i 3 PZP przez przyjęcie, że wykonawca nie wykazał i nie udowodnił, że podjął stosowne środki mające na celu samooczyszczenie,

c) art. 226 ust.1 pkt 2 lit. a PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP przez nieprawidłowe przyjęcie, że odwołujący Databout wprowadził zamawiającego w błąd i miało to miejsce w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa albo lekkomyślności lub niedbalstwa,

d) art. 239 ust. 1 PZP przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego Databout jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący sformułował zarzut ewentualny naruszenia przepisu ustawy:

e) art. 128 ust 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów.

Na podstawie tak sformułowanych zarzutów odwołujący Databout wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, jak również nakazanie zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru oferty z dnia 22 kwietnia 2022 r. i unieważnienie odrzucenia oferty Databout;

b) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym oceny oferty odwołującego Databout z uwzględnieniem prawidłowości dokonanego samooczyszczenia oraz przedstawianych przez Wykonawcę okoliczności związanych z sytuacją Pana P. P. przez uznanie, że Databout spełnia warunki udziału w postępowaniu
ewentualnie

c) wezwanie do uzupełnienia dokumentów podmiotowych na podstawie art. 128 ust 1 PZP;

c) wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

d) zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.

Zgodnie z rozstrzygnięciem odwołania, które uwzględniono, Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i nakazuje ponowne badanie oraz ocenę ofert w tym oferty odwołującego Databout celem wyboru najkorzystniejszej oferty.

Izba pozostawia do uznania zamawiającemu, decyzję co do ewentualnego wezwania odwołującego Databout do uzupełnienia dokumentów podmiotowych na podstawie art. 128 ust 1 PZP w zakresie dysponowania osobą Koordynatora w branży mostowej. Powyższe ma uzasadnienie z uwagi na niejednoznaczność opisu SWZ, co przyznał sam zamawiający w toku niniejszego postępowania odwoławczego połączonych spraw (Sygn. akt KIO 1185/22 i Sygn. akt KIO 1198/22) co do dowodu wykazania wymaganego doświadczenia polegającego na opracowaniu w charakterze projektanta dokumentacji projektowej (obejmującej projekt budowlany i/lub projekt wykonawczy), w oparciu o którą uzyskano ostateczną decyzję o pozwoleniu na budowę lub inną decyzję umożliwiającą realizację prac budowlanych (w szczególności ZRID i zgłoszenie robót). Zamawiający powinien tę kwestię rozważyć także z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców, mając na uwadze, że wezwał w trybie

art.128 ust.1 PZP wykonawcę Konsorcjum BPK (Sygn. akt KIO 1198/22), do uzupełnienia

osoby Koordynatora w branży mostowej (casus P-a mgr inż. P. K.), w analogicznej sytuacji

faktycznej i prawnej. Ponadto sam odwołujący Databout w żądaniach odwołania wskazał, że

ewentualnie oczekuje od zamawiającego wezwania do uzupełnienia dokumentów podmiotowych to jest wykazu osób w trybie art.128 ust.1 PZP, w związku funkcją

Koordynatora w branży mostowej.

Izba przed rozstrzygnięciem odwołania, stwierdziła po stronie odwołującego posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jest wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu. Unieważnienie niezgodnych z PZP czynności zamawiającego, polegających na odrzuceniu oferty odwołującego i ocena oferty odwołującego - skutkować będzie wyborem jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, co umożliwia zawarcie umowy na przedmiotowe zamówienie. Odrzucenie oferty odwołującego powoduje poniesienie szkody w postaci utraty korzyści, jaką daje uzyskanie zamówienia. Okoliczności powyższe wyczerpują przesłanki z art. 505 ust. 1 PZP warunkujące dopuszczalność wniesienia odwołania.

Co do zachowania terminu do wniesienia odwołania oraz dalszych przesłanek do odrzucenia odwołania.

Zamawiający opublikował informację o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego w dniu 22 kwietnia 2022 r. Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a PZP, termin na wniesienie odwołania upływał 2 maja 2022 r., a więc termin na wniesienie niniejszego odwołania został dochowany.

Izba nie stwierdziła dalszych przesłanek do odrzucenia odwołania, opisanych w art.528 PZP. W związku z powyższym Izba skierowała sprawę do merytorycznego rozpoznania na rozprawie w myśl art. 530 PZP.

Izba odnosząc się do argumentacji zamawiającego, zawartej w odpowiedzi na odwołanie (cytowanej powyżej w uzasadnieniu), nie podziela krytyki co do nieprawidłowego, czy też jak twierdzi zamawiający nieprofesjonalnego sformułowania zarzutów odwołania. Przepis art. 516 ust.1 ustawy PZP wymienia elementy, jakie ma zawierać odwołanie, wśród których wymienia się: wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy (pkt 7), zwięzłe przedstawienie zarzutów (pkt 8), żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania (pkt 9), wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności (pkt 10). Izba stwierdza, że wszystkie te elementy, na których brak w złożonym odwołaniu, wskazuje zamawiający w jego odpowiedzi na odwołanie, znajdują się w odwołaniu.

Odwołujący na wstępie odwołania sformułował czynności, ewentualne zaniechania czynności, zarzuty i żądania odwołania, jak poniżej.

Odwołujący wniósł odwołanie na: wykluczenie odwołującego z postępowania, wybór oferty Konsorcjum BPK jako najkorzystniejszej, w związku z wykluczeniem odwołującego i zaskarżonym działaniom/zaniechaniom zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów:

a) art. 16 pkt 1 PZP w zw. z art. 110 ust. 2 i 3 PZP przez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę proporcjonalności;

b) art. 110 ust. 2 i 3 przez przyjęcie, że wykonawca nie wykazał i nie udowodnił, że podjął stosowne środki mające na celu samooczyszczenie;

c) art. 226 ust.1 pkt 2 lit. a PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP przez nieprawidłowe przyjęcie, że Databout wprowadził Zamawiającego w błąd oraz, że miało to miejsce w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa albo lekkomyślności lub niedbalstwa;

d) art. 239 ust. 1 PZP przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu;

e) ewentualnie art. 128 ust 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów.

Kolejno odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, jak również nakazanie zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienie odrzucenia jego oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym oceny oferty odwołującego co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentów podmiotowych na podstawie art. 128 ust 1 PZP, dalej nakazania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Powyższe sformułowania odwołania wskazują na zaskarżenie czynności zamawiającego (odrzucenie oferty odwołującego) bądź na zaniechanie czynności zamawiającego (brak wezwania do uzupełnienia dokumentów podmiotowych) oraz na zwięzłe przedstawienie zarzutów z podaniem podstawy prawnej jak i faktycznej (wskazanie naruszonych przepisów PZP jak i związanych z nimi czynności bądź zaniechania czynności zamawiającego wezwania do uzupełnienia dokumentów) oraz żądania co do rozstrzygnięcia (unieważnienia dokonanych czynności zamawiającego z pokrzywdzeniem odwołującego). Natomiast w uzasadnieniu odwołania wskazane zostały okoliczności faktyczne i prawne oraz dowody na poparcie tychże okoliczności i twierdzeń odwołującego.

W związku z powyższym Izba odnosząc się do argumentacji zamawiającego co do prawidłowego sformułowania zarzutów to jest:
„Zamawiający poddaje pod ocenę Izby czy powyższy zarzut został sformułowany zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Z treści bowiem tak sformułowanego zarzutu nie można wywnioskować w ogóle jego zakresu poza przywołanymi podstawami prawnymi. Odwołujący dopiero w uzasadnieniu odwołania dokonuje próby uszczegółowienia podstaw stanowiących treść zarzutu a zdaniem zamawiającego działanie takie powinno zostać uznane za nieprawidłowe. Postępowanie odwoławcze jest bowiem postępowaniem niezwykle sformalizowanym ze względu na fakt, że po obu stronach występują podmioty profesjonalne prowadzące działalność gospodarczą (a więc posiadające również wykwalifikowany personel w tym posiadający wiedzę prawniczą). W związku z tym formalizm wynikający z przepisów ustawy nie jest jedynie wynikiem profesjonalizmu określonej osoby, ale ma swe skutki prawne i procesowe dla rozstrzygnięcia sprawy przez Izbę. W związku z tym, nie można zgodzić się na pominięcie obowiązkowych elementów odwołania lub też na ich określenie w sposób całkowicie ogólny.”

Izba, wbrew ocenie zamawiającego stwierdza, że wszystkie wymagane elementy odwołania (art. 516 ust.1 PZP) znajdują się w odwołaniu, w tym w uzasadnieniu odwołania gdzie znajdują się szczegółowo opisane „okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania oraz dowody na poparcie przytoczonych okoliczności”.

Tak więc bezprzedmiotowe jest przywoływanie przez zamawiającego, na poparcie swoich twierdzeń, np. wyroku z dnia 13 marca 2020 r. o Sygn. akt KIO 431/20, zgodnie z którym „poza treścią samego odwołania wykonawca nie ma możliwości doprecyzowywania zawartych w nim zarzutów przez wskazywanie na właściwe im okoliczności faktyczne. Jeżeli zatem podnoszone przez odwołującego w toku rozprawy przed Izbą okoliczności nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania”. Przywołany wyrok potwierdza prawidłowość wniesionego odwołania, ponieważ okoliczności faktyczne i prawne oraz wskazane na ich poparcie nawet dowody, zostały zawarte już w odwołaniu to jest w jego uzasadnieniu, a nie dopiero na rozprawie, o czym mowa w cytowanym powyżej wyroku.

Izba podsumowując krytykę zawartą w odpowiedzi na odwołanie, co do samej formuły i treści odwołania stwierdza, że zamawiający w sposób nieuprawniony pomija całą część uzasadnienia odwołania. Bowiem odwołujący tam szczegółowo przedstawia stanowisko co do okoliczności faktycznych i prawnych odwołania, popierając je stosownymi dowodami, czy też orzecznictwem a przede wszystkim obowiązującymi przepisami PZP.

Izba również zauważa, że nie zasługuje na pozytywną ocenę wywód zamawiającego co do gołosłownego przywołania zasad zawartych w art.16 ust.1 PZP. Bowiem jak wynika z odwołania, przepis ten jest przywołany nie samodzielnie tylko wraz z art.110 ust.2 i ust.3 PZP do którego wymienia się fakty, na potwierdzenie naruszeń PZP.

W związku z powyższym Izba nie stwierdza, a co podnosi zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, braku wymaganych elementów odwołania, dyktowanych treścią przepisu art. 516

ust.1 PZP.

Izba przechodząc do oceny procedury samooczyszczenia odwołującego zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego, że porównywanie jej do procedury samooczyszczenia firmy BBF jest przedwczesna. Bowiem zamawiający na aktualnym etapie postępowania, nie oceniał procedury samooczyszczenia firmy BBF, której oferta zajmuje niższą pozycję w rankingu ofert. W związku z czym procedura BBF nie była przedmiotem oceny zamawiającego, co do spełnienia warunków podmiotowych. Niemniej zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie jak i na rozprawie nie odniósł się do szczegółowej argumentacji odwołania w zakresie procedury samooczyszczenia, która obowiązuje u odwołującego. Jak wskazywał na rozprawie odwołujący, wdrożona i stosowana w praktyce przez niego procedura samooczyszczenia spotyka się z akceptacją innych zamawiających. Nadmienił, że również przez zamawiającego, ale w innych jego Oddziałach Regionalnych, jako procedura odpowiadająca wymogom ustawowym z art.110 ust.2 i ust.3 PZP. Tym samym Izba stwierdza, że nieuprawnione jest ze strony zamawiającego, chociażby ze strony formalnej, różne traktowanie obowiązującej procedury samooczyszczenia nie tylko u innych zamawiających, ale przede wszystkim w innych jego Oddziałach Regionalnych.

Izba również podziela stanowisko odwołującego, co do wymogów oceny procedury samooczyszczenia przez zamawiającego. Zamawiający odrzucając procedurę samooczyszczenia odwołującego powinien wskazać odwołującemu jakich elementów w niej brakuje, aby uznać ją za odpowiednią, bądź jakie elementy przedstawionej procedury są uregulowane w niewystarczający sposób, dla jej pozytywnej oceny.

Izba oceniając skuteczność zastosowanej procedury samooczyszczenia u odwołującego Databout stwierdza naruszenie przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu art.110 ust.2 i 3 w związku z art. 16 PZP przez zamawiającego, w szczególności w sytuacji gdy inni zamawiający oraz inne oddziały regionalne zamawiającego uznały ją za zgodną z ustawą PZP co do wyznaczonych przez PZP przesłanek co do jej skuteczności.

Słusznie odwołujący Databout podniósł, że instytucja samooczyszczenia stanowi element procedury postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i podlega tym samym zasadom, co pozostałe instytucje służące do weryfikacji podmiotowej wykonawców. Jest to mechanizm pozwalający uznać wykonawcę za wiarygodnego (lub - w przypadku jej niepowodzenia - za niewiarygodnego), chociaż formalnie podlegałby on wykluczeniu z postępowania.

Jakkolwiek z art. 110 ust 3 PZP wynika, że ocena wyjaśnień i przedłożonych dowodów pozostawiona jest uznaniu zamawiającego, a sama ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera żadnych instrukcji, w jaki sposób należy oceniać dane dowody, to ocena ta winna wynikać z zasad logiki życiowej, wiedzy oraz doświadczenia życiowego i zawodowego.

Tym samym ocena dokonana przez danego zamawiającego musi być subiektywno-obiektywna, tzn. owszem, jest jego oceną indywidualną, ale musi zostać dokonana i uzasadniona w oparciu o obiektywnie weryfikowalne podstawy. Tym samym konkluzją oceny zamawiającego nie może być wyłącznie subiektywne przekonanie co do braku możliwości zaufania wykonawcy, lecz muszą zostać wskazane obiektywne (powszechnie i racjonalnie weryfikowalne) podstawy odnoszące się do środków zaradczych podjętych celem wykazania rzetelności danego wykonawcy (tak jak w wyroku z dnia 28 maja 2021 r. Sygn. akt KIO 1007/21).

Odwołujący Databout udzielił wyjaśnień stosownie do art. 110 ust 2 pkt 1) i 2) pkt PZP.

W Załączniku nr 1 do JEDZ z wyjaśnieniami oraz informacjami o czynnościach samooczyszczenia stosownie do art.110 ust.2 ustawy Pzp w pkt 1) Wyjaśnienie faktów i okoliczności związanych z sankcjonowanym zachowaniem - Databout wskazał, że „w postępowaniu pn. „Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E 30 i E 65) na obszarze Śląska na odcinku Katowice - Gliwice - opracowanie Studium Wykonalności w ramach projektu pn.: „Prace przygotowawcze dla wybranych projektów” prowadzonym przez PKP PLK naszym celem nie było wprowadzenie Zamawiającego w błąd, a zdarzenie to polegające na podaniu nieprawdziwej informacji dotyczącej potencjału kadrowego miało charakter jednostkowy”. W dalszej części wskazano na wyrok stanowiący podstawę przedmiotowego wykluczenia, w którym szczegółowo opisane są okoliczności i stan faktyczny. „Niemniej jednak Databout respektuje wyrok z dnia 24.09.2021 KIO 2502/21”.

Tym samym szczegółowe okoliczności wprost wynikają z wyroku, którego treść jest powszechnie dostępna i do którego odwołuje się. Za nieuzasadnione należy uznać oczekiwanie Zamawiającego, że wykonawca będzie podawał te same szczegółowe okoliczności, które wynikają z dostępnych dokumentów. Sformułowania Databout jednoznacznie wskazują, że nieprawdzie informacje dotyczyły potencjału kadrowego. Odnosząc się do kwestii braku wskazania szkody, zauważyć należy, iż w niniejszym przypadku w ogóle nie ma mowy o szkodzie, stąd uzasadnienie zamawiającego w tym zakresie jest bezprzedmiotowe. Bowiem samooczyszczenie odwołującego Databout nie jest następstwem nienależytego wykonania umowy, ponieważ został wykluczony na skutek wprowadzenia zamawiającego w błąd w przetargu. Czyli nie doszło do szkody, ponieważ nie nastąpiło zawarcie umowy - konsekwencje swojego działania podnosi sam odwołujący. Oznacza to, że procedura samooczyszczenia będzie wyglądała inaczej w sytuacji gdy jest następstwem wprowadzania zamawiającego w błąd w toku postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym cytowany przez zamawiającego art. 110 ust 2 pkt 1) i 2) PZP należy interpretować w kontekście konkretnego stanu faktycznego.

W tej sytuacji zamawiający dysponował wszelkimi informacjami, ponieważ odwołujący przekazał informację o fakcie wprowadzania w błąd przez podanie nieprawdziwej informacji dotyczącej potencjału kadrowego, a opis stanu faktycznego i rozstrzygniecie wprost wynika z przywołanego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, który jest powszechnie dostępny.

Należy również zgodzić się z poglądem odwołującego Databout, że nawet gdyby zamawiający miał wątpliwości co do samooczyszczenia odwołującego to mógł uruchomić procedurę wyjaśnień przed wykluczeniem odwołującego z powodu braków samooczyszczenia.

Izba dokonując analizy procedury samooczyszczenia obowiązującej u odwołującego Databout nie podziela stanowiska co do jej oceny przez zamawiającego. Nie zgadza się z zamawiającym, że „wykonawca nie wskazuje szczegółowych okoliczności" przeprowadzonej procedury samooczyszczenia oraz że „wyjaśnienia Wykonawcy, nie zawierają jakichkolwiek konkretnych informacji dotyczących przyjętych rozwiązań".

Databout wskazało, że „Do najważniejszych działań, które zostały wdrożone zaliczyć: należy:

a) Wzmocnienie obszaru ofertowania poprzez poszerzenie zakresu obowiązków osoby pełniącej funkcję Kierownika Działu Przetargów oraz zapewnienie stałej obsługi prawnej.

b) Opracowanie i wdrożenie wielostopniowej weryfikacji ofert, aby wyeliminować: ryzyko błędów na kilku poziomach.

c) Zawarcie umowy z firmą specjalizującą się w świadczeniu usług doradczych z zakresu zamówień publicznych."

Odwołujący wskazał trzy główne obszary w których podjął działania zmierzające do uniknięcia w przyszłości sytuacji podania w ofercie nieprawdziwych informacji.

Po pierwsze odwołujący Databout opracował i wdrożył wielostopniową weryfikację ofert, aby wyeliminować ryzyko błędów na kilku poziomach.

Zmodyfikowany w konsekwencji wdrożonych działań naprawczych autorski proces wielostopniowej weryfikacji ofert oraz wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wprowadza kilka poziomów decyzyjnych oraz dwa poziomy weryfikacji merytorycznej i formalnoprawnej, angażujących niezależne osoby, pozwalając na skuteczne eliminowanie możliwych błędów bądź: omyłek w dokumentach przed ich złożeniem.

Jak już wyżej Izba stwierdziła, zamawiający ograniczył się do ogólnych twierdzeń w oderwaniu od złożonych dokumentów o braku akceptacji przyjętej procedury samooczyszczenia. Izba podziela pogląd odwołującego, że zamawiający powinien wskazać czego oczekiwałby, aby wyjaśnienia uznał za wystarczające, przekonujące i budzące zaufanie.

Na funkcjonowanie w praktyce skutecznej procedury samooczyszczenia świadczy również postępowanie w sprawie sprawdzenia wymaganego doświadczenia wymaganego na koordynatora w branży mostowej Pana mgr inż. P. P.

Warunkiem wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) PZP jest łączne spełnienie wszystkich przesłanek o których mowa w tych przepisach.

Podstawa wykluczenia, wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 8) PZP dotyczy przypadków gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania albo rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji.

Wprowadzenie zamawiającego w błąd musi być wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, rozumianego jako nieostrożność graniczącą z rozmyślnym działaniem, które podważa rzetelność i wiarygodność wykonawcy.

Podstawa wykluczenia określona w tym przepisie może być zastosowana wtedy, gdy wykonawca zamierza wprowadzić zamawiającego w błąd, a więc jego działanie cechuje wina umyślna zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Zamiar bezpośredni występuje wtedy, gdy wykonawca chce wprowadzić zamawiającego w błąd, natomiast zamiar ewentualny wtedy, gdy nie chce, ale przewidując możliwość wprowadzenia w błąd, godzi się na to. Poza tym ta podstawa wykluczenia może być zastosowana także wtedy, gdy działanie wykonawcy charakteryzuje rażące niedbalstwo. Nie jest to już wina umyślna, lecz kwalifikowana postać winy nieumyślnej zakładająca, że osoba podejmująca określone działania powinna przewidzieć ich skutki.

Podstawa wykluczenia wskazana w art. 109 ust.1 pkt 10) PZP odnosi się do wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na podejmowane w postępowaniu przez zamawiającego decyzje. Niedbalstwo można określić jako przeciwieństwo staranności, niepodjęcie określonych działań czy czynności przez lekceważenie ich znaczenia, albo wykonanie zadania w sposób niestaranny, bez dbałości o dokładność, rzetelność czy zgodność z ewentualnymi wymaganiami (prawnymi, technicznymi, formalnymi itp.). Lekkomyślność jest naruszeniem zasad ostrożności, polegającą na dopuszczeniu przez wykonawcę możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd przez przedstawienie informacji i jego bezpodstawnej ocenie, że to nie nastąpi. Niedbalstwo stanowi natomiast brak należytej stronności w działaniu wykonawcy, który nie przewiduje możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd przez przedstawienie określonych informacji mimo, że działając z należytą starannością powinien taki skutek przewidzieć.

Jednocześnie przesłanka ta nie będzie miała zastosowania gdy wykonawca pozostaje w błędnym przekonaniu, że dana informacja jest prawdziwa, a błąd ten nie jest wynikiem braku dochowania należytej staranności.

Taka interpretacja pojęć ma charakter powszechny i wynika z orzecznictwa sądów i Izby, w tym przywołanych w odwołaniu.

Izba ocenia jako prawidłowe i wykonane z należytą starannością procedowanie odwołującego Databout co do sprawdzenia wymaganego doświadczenia Pana mgr inż. P. P. Odwołujący w złożonym odwołaniu przedstawił je następująco.

„Odnosząc się do kwestii zarzutu dotyczącego nieprawdziwych informacji dotyczących doświadczenia Pana P. P. w pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, że Pan P. P. wskazany w wykazie osób skierowanych do realizacji Zamówienia nie jest pracownikiem Databout. Pan P. P. jest ekspertem zewnętrznym z którym Databout planowała podjąć współpracę z uwagi na jego wiedzę i deklarowane doświadczenie.

W związku z powyższym Databout przed wskazaniem Pana P. P. w wykazie osób do realizacji Zamówienia składanym w niniejszym Postępowaniu dokonała - stosownie do obowiązujących w spółce procedur opracowania ofert - weryfikacji zadeklarowanego przez Pana P. P. doświadczenia, żądając od niego stosownych dowodów potwierdzających jego doświadczenie. Dowody miały pochodzić od podmiotu trzeciego, tak aby zapewnić ich wiarygodność oraz dochować należytej staranności pozwalającej uniknąć sytuacji, w której Zamawiający zostałby wprowadzony w błąd na skutek nieprawdziwych informacji. Działania takie były zgodne z wdrożoną w spółce procedurą pn. PROCEDURA 001/PMO PRZYGOTOWANIA I WERYFIKACJI OFERTY ORAZ UZYSKANIA DECYZJI O JEJ ZŁOŻENIU, która zakłada weryfikację informacji zawartych w ofercie na podstawie stosownych dowodów pozwalających na ocenę ich prawdziwości.

Pan P. P. na żądanie Databout przedstawił dwie referencje wystawione przez firmę AECOM Polska Sp. z o.o. (dalej „AECOM") z dnia 25.10.2019 r. odpowiednio: Referencja nr 1: Temat: „Prace na linii E75 na odcinku Czyżew - Białystok". ODCINEK A: SZLAK MAŁKINIA - CZYŻEW WRAZ ZE STACJĄ CZYŻEW. Referencja nr 2: Temat: „Prace na linii E75 na odcinku Czyżew - Białystok". ODCINEK B: SZLAK CZYŻEW - SZEPIETOWO oraz ODCINEK C: STACJA SZEPIETOWO. W powyższych referencjach AECOM potwierdza, że Pan mgr inż. P. P. - Projektant w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym: w terminie: od 01/03/2017 r. do 30/09/2018 r., opracował dokumentację projektową projektu architektoniczno-budowlanego dla linii kolejowej nr 6 (E75) Czyżew - Białystok, odcinek A: Szlak Małkinia - Czyżew wraz ze stacją Czyżew od km 107,260 od km 113,750 - LCS Białystok - referencja nr 1.w terminie: od 01/10/2017 r. do 10/06/2018 r., opracował dokumentację projektową projektu architektoniczno-budowlanego dla linii kolejowej nr 6

(E75) Czyżew - Białystok, odcinek B: Szlak Czyżew - Szepietowo od km 113,750 do km126,000 wraz ze stacją Szepietowo od km 126,000 do 129,100 (Odcinek C). - referencja nr 2 Dowód nr 1: referencje wystawione przez AECOM. W dalszej części referencji wskazano szczegółowo zakres wykonanych prac i firma AECOM stwierdziła, że „Prace projektowe wykonane przez Projektanta Pana P. P. zostały wykonane terminowo z należytą starannością i dbałością o jakość: projektu architektoniczno-budowlanego (,..)"oraz „w trakcie powierzonych prac projektowych Pan P. P. wykazał się fachowością oraz dużym doświadczeniem w przygotowaniu dokumentacji projektowej". Powyższe dokumenty wprost wskazują na wykonywanie przez Pana P. P. prac projektowych, co Odwołujący działający z należytą starannością przyjął. Na uwagę zasługuje w tym miejscu także treść oświadczenia AECOM przytoczona przez samego Zamawiającego w informacji o wyborze najkorzystniej oferty z dnia 22 kwietnia 2022 roku w której Zamawiający stwierdził, że AECOM „potwierdził że Pan P. P. brał czynny udział w opracowaniu projektu architektoniczno- budowlanego dla linii kolejowej numer 6 (E75) Czyżew - Białystok w zakresie odcinka A, B i C, zaś funkcja projektanta sprawdzającego została mu przypisana w dokumentacji załączonej do wniosku o udzielenie pozwolenia na budowę celem spełnienia wymogów formalnych wynikających z ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane".

Tym samym podmiot realizujący przedmiotowe opracowania i będący stroną umów z Panem P. P. tj. AECOM nie kwestionuje - wbrew twierdzeniom Zamawiającego - roli Pana P. P. jako projektanta i potwierdza, że brał czynny udział w opracowaniu projektu architektoniczno-budowlanego, co jest spójne z referencjami wystawionymi przez ten podmiot.

W związku z pismem Zamawiającego z dnia 21.03.2022 r. wzywającym Databout do złożenia wyjaśnień w zakresie funkcji pełnionych przez Pana P. P., który w ocenie Zamawiającego przy realizacji wskazanych opracowań „nie był projektantem, ale „sprawdzającym dokumentację", niezależnie od posiadanych dowodów w postaci referencji Databout zwrócił się do Pana P. P. o złożenie stosownych wyjaśnień. W odpowiedzi Pan P. P. potwierdził wcześniej przekazane informacje dodatkowo przekazał Umowy zlecenia nr: 14/2017, 20/2018, 74/2018 zawarte z firmą AECOM w oparciu o które wykonywane były powyższe obowiązki wraz z informacją, że zakres faktycznych prac obejmował prace projektowe. Zgodnie z przedłożonymi wraz z wyjaśnieniami Umowami, oprócz pełnienia funkcji Projektanta - Sprawdzającego w zakresie obowiązków była również: bieżąca współpraca zarówno w zakresie projektu budowlanego jak i wykonawczego branży sterowania ruchem kolejowym - co wprost wynika z § 1 Umów opisującego czynności, które Pan P. P. zobowiązał się wykonać - a co Zamawiający pomija. Ponadto w Umowach widnieją zapisy o przeniesieniu praw autorskich do dokumentacji, co dodatkowo potwierdza twórczy charakter prac, a nie jedynie sprawdzanie dokumentacji. Gdyby praca Pana P. P.

miała wyłącznie charakter prac sprawdzających zapisy o przeniesieniu praw autorskich nie byłyby konieczne z uwagi na brak przedmiotu przeniesienia tych praw (cech zindywidualizowanego utworu).

Dowód nr 2: umowy zlecenia Pana P. P. W piśmie z dnia 23.03.2022 r. wskazaliśmy, że w niniejszym wypadku „sama nazwa stanowiska na dokumentacji nie odzwierciedla dokładnego charakteru faktycznie wykonanych prac „bowiem z pozyskanych informacji wynika, że „Pan P. brał czynny udział w opracowywaniu rozwiązań projektowych, weryfikował rozwiązania i sam wprowadzał zmiany. Samodzielnie opracowywał plany schematyczne urządzeń srk na stacjach i szlakach, współuczestniczył w opracowywaniu planów sytuacyjnych, przebiegów tras kablowych, lokalizowaniu kontenerów samoczynnej blokady liniowej na szlakach i części opisowej. Charakter prac realizowanych w ramach obydwu wskazanych w wykazie projektów odpowiada charakterowi obowiązków projektanta". Przedmiotowe Umowy - wbrew temu, co twierdzi Zamawiający - nie potwierdzają, że funkcja Pana P. P. sprawdzała się wyłącznie do roli sprawdzającego, (..) Oznacza to, że twierdzenia Zamawiającego, że „wykonawca nie dochował należytej staranności" oraz „oświadczył nieprawdę" pomijają zarówno treść pozyskanych już na etapie przygotowywania wykazu referencji, jak i oświadczenia AECOM pozyskanego przez Zamawiającego.(.) Zamawiający stwierdzeniem, że „ani Wykonawca ani firma AECOM Polska Sp. z o.o. nie przedłożyli żadnych dowodów na to, że Pan P. P. brał udział w opracowaniu dokumentacji w szerszym zakresie niż wynika to z funkcji projektanta - sprawdzającego" jawnie pomija treść referencji, w których jest mowa zarówno o wykonywaniu prac projektowych jak i wskazany został zakres tych prac jak również oświadczenia AECOM oraz umów. W niniejszej sprawie kluczowa powinna być analiza całokształtu dokumentów zgromadzonych i na tej podstawie ustalenie zakresu obowiązków realizowanych przez daną osobę, a nie sama nazwa stanowiska jaką przypisał mu konkretny Wykonawca w umowie zlecenia, bowiem ta może być całkowicie myląca, a obowiązki wykonywane przez wskazaną osobę pod inną nazwą stanowiska odpowiadają wymaganiom zamawiającego stawianym w postępowaniu będącym przedmiotem odwołania. (.) uznanie doświadczenia Pana Parszewskiego było w pełni uzasadnione z uwagi na treść referencji i oświadczeń firmy AECOM. (.) Jak dowiedziono wyżej Databout w toku weryfikacji informacji przekazywanych w ofercie pozyskała referencje od podmiotu, który był wykonawcą obu opracowań tj. AECOM, zatem dochowała należytej

staranności wymaganej od wykonawcy, opierając swoje ustalenia na dokumentach pochodzących od podmiotu trzeciego. Brak jest także podstaw do stwierdzenia, że taka weryfikacja odbyła się dopiero po wezwaniu do wyjaśnień.(.)Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy - Databout nie można przypisać celowego działania, niedbalstwa, rażącego niedbalstwa czy lekkomyślności - jak wykazano wykonawca pozyskał dowody zewnętrze, których celem była weryfikacja prawdziwości twierdzeń zawartych w wykazie osób. Jedynie z ostrożności Odwołujący podnosi, że nawet gdyby Zamawiający uznał, że Pan P. P. nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu (z czym Odwołujący się nie zgadza) to powinien wezwać wykonawcę w trybie art. 128 PZP do uzupełnienia dokumentów podmiotowych. Nie miał bowiem podstaw do kwestionowania starannego działania po stronie Wykonawcy".

Izba kwitując powyższe stwierdza, że odwołujący Databout dochował należytej staranności przy sprawdzeniu doświadczenia zawodowego osoby wskazanej na stanowisko koordynatora w branży mostowej z uwzględnieniem okoliczności, że dotyczyło to osoby, która nie była jego pracownikiem. Odwołujący oparł się w swoich ustaleniach na umowach wykonawcy dokumentacji projektowej Aecom z P. P., wystawionych referencjach przez Aecom, jak i oświadczeniach P. P., co do zakresu wykonanych prac, na podstawie których miał podstawy do stwierdzenia, że wykonał on prace wymaganej dokumentacji projektowej. Natomiast zamawiający nie określił w sposób jednoznaczny, na podstawie jakiego dokumentu uzna za wiarygodne potwierdzenie wymaganego doświadczenia w projektowaniu na stanowisko koordynatora w branży mostowej. Tak więc czynność odrzucenia oferty odwołującego nastąpiła z naruszeniem art.109 ust.8, jak i ust.10 PZP.

Ponadto należy zgodzić się również z poglądem odwołującego, że zamawiający nie jest uprawniony do kumulatywnego przywołania przesłanek wykluczenia z art. 110 ust 1 pkt 8 i 10 PZP, ponieważ powinien ustalić czy działanie odwołującego wyczerpywało znamiona zamierzonego działania, rażącego niedbalstwa, lekkomyślności czy też niedbalstwa.

W tym stanie rzeczy Izba, na mocy art. 554 ust.1 pkt 1 PZP, uwzględniła odwołanie w całości, stwierdzając naruszenie przepisów wskazanych w odwołaniu, które miało istotny wpływ na wynik postępowania, orzekając jak w sentencji wyroku (Sygn. akt KIO 1185/22).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na mocy art. 557 i art. 574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2021 r. poz.1129 wraz z późn. zm.), zaliczając w koszty postępowania odwoławczego uiszczony wpis od odwołania przez odwołującego i zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę 18.600,00 złotych tytułem zwrotu wpisu od odwołania i kosztów pełnomocnika odwołującego.

Sygn. akt KIO 1198/22

Odwołanie

Na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych („PZP") i art. 505 ust. 1 PZP w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) PZP w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie: Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Konsorcjum Multiconsult") zaskarżył czynność podjętą w dniu 22 kwietnia 2022 r. przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie („Zamawiający") polegającą na wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

II. Zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucił naruszenie:

a) art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP, art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP w zw. z art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 110 ust. 2 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP w zw. z art. 16 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie: Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Biuro Projektów Kolejowych i Usług Inwestycyjnych Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej łącznie zwani „Konsorcjum BPK Poznań") pomimo, że wykonawca ten przedstawił Zamawiającemu informacje nieprawdziwe odnoszące się do doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Koordynatora w branży mostowej, a mimo to Zamawiający

umożliwił temu wykonawcy zmianę wskazanej osoby bez przeprowadzenia przez wykonawcę procedury samooczyszczenia, podczas gdy Zamawiający jednoznacznie stwierdził, że opis doświadczeń dla osoby pierwotnie wskazanej przez Konsorcjum BPK Poznań nie jest zgodny z posiadanymi przez niego informacjami, a zatem wykonawca ten podlegał wykluczeniu z Postępowania, a mimo to Zamawiający umożliwił temu wykonawcy, bez przeprowadzenia procedury samooczyszczenia, zastąpienie informacji nieprawdziwych dla pierwotnie wskazanej osoby, informacjami prawdziwymi dla nowo wskazanego Koordynatora w branży mostowej i dokonał wyboru oferty złożonej przez tego wykonawcę jako najkorzystniejszej,

b) art. 18 ust. 1 i 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („UZNK") w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 17 ust. 3 PZP przez brak ujawnienia Odwołującemu treści wyjaśnień Konsorcjum BPK Poznań z 2 oraz z 15 marca 2022 r. przedłożonych w toku Postępowania, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał zaistnienia podstaw do uznania informacji zawartych w tych wyjaśnieniach jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie (i) wartości gospodarczej tych informacji, oraz (ii) podjętych środków w celu ochrony ich poufności, co potwierdził częściowo sam Zamawiający w piśmie z 21 marca 2022 r. przyjmując jednak, że pomimo ogólnego charakteru samego uzasadnienia dla tajemnicy przedsiębiorstwa zastrzeganych informacji, załączone przez tego wykonawcę analizy oraz dokumenty zawierają konkretne dane i informacje o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa i w związku z tym Zamawiający przyjął wbrew treści samego uzasadnienia zastrzeżenia tych informacji, że nie podlegają one ujawnieniu z uwagi nie tyle na treść uzasadnienia wykonawcy, co z uwagi na treść przedstawionych informacji, a zobowiązany był w takiej sytuacji te wyjaśnienia ujawnić.

III. W oparciu o przedstawione powyżej zarzuty odwołujący konsorcjum Multiconsult wniósł o:

a) merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,

b) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania oraz tych opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania, a także dowodów, które zostaną przedstawione na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą,

c) nakazanie Zamawiającemu:

i. w stosunku do zarzutu z punktu II lit. a) - nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum BPK Poznań z Postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z Postępowania na podstawie art.

109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP,

ii. w stosunku do zarzutu z punktu II lit. b) - nakazanie Zamawiającemu ujawnienia treści wyjaśnień Konsorcjum BPK Poznań z 2 oraz z 15 marca 2022 r. przedłożonych w toku Postępowania z uwagi na niewykazanie przez tego wykonawcę przesłanek do zastrzeżenia przedkładanych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa,

d) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

IV. Wymagania formalne odwołania:

a) Termin na wniesienie odwołania - termin na wniesienie odwołania został zachowany, ponieważ Zamawiający w dniu 22 kwietnia 2022 r. przekazał za pośrednictwem swojej platformy zakupowej informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu. W związku zaś z faktem, że wartość przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem przekracza progi unijne, zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) PZP, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. W świetle powyższego, niniejsze odwołanie zostało wniesione w wymaganym przepisami PZP terminie, tj. do 2 maja 2022 r.

b) Wpis od odwołania - Odwołujący informuje, że zgodnie z dyspozycją art. 516 ust. 2 pkt 1 PZP wpis od niniejszego odwołania wynosi 15.000 złotych.

Dowód uiszczenia wpisu w tej wysokości został załączony do odwołania (Załącznik nr 7 do niniejszego odwołania).

c) Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania - Odwołujący jest uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania, ponieważ spełnione zostały przesłanki określone w art.

505 ust. 1 PZP. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów PZP interes Odwołującego jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia doznaje uszczerbku. Uzasadnieniem dla powyższego pozostaje fakt, że oferta Odwołującego znalazła się na drugim miejscu w rankingu ocenionych przez Zamawiającego ofert. W związku ze zidentyfikowaniem przez Odwołującego wadliwości w procesie badania oferty zwycięskiej (tj. oferty złożonej przez Konsorcjum BPK Poznań), Odwołujący narażony jest na ryzyko poniesienia szkody w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia. W przypadku zaś uwzględnienia niniejszego odwołania oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert w Postępowaniu, szanse Odwołującego na uzyskanie zamówienia istotnie wzrosną, ponieważ dokonana obecnie czynność była niepełna. Dopiero zatem jej ponowienie da Odwołującemu albo możliwość uzyskania zamówienia, dla którego prowadzone jest Postępowanie (w przypadku uwzględnienia przez Izbę zarzutu z punktu I lit. a) petitum) albo możliwość dalej posuniętych działań mających na celu doprowadzenie do wyboru jego oferty w Postępowaniu i uzyskania zamówienia (w przypadku uwzględnienia przez Izbę zarzutu z punktu I lit. b) petitum). W świetle powyższego należy uznać, że Odwołujący jak najbardziej posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść realną szkodę wskutek zaskarżonej czynności Zamawiającego.

Uzasadnienie odwołania

1. Opis zaistniałego w sprawie stanu faktycznego (wspólny dla wszystkich zarzutów odwołania)

1.1. Zamawiający wszczął Postępowanie w dniu 3 stycznia 2022 r.

1.2. Przedmiotem zamówienia jest opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania pn.: „Prace na linii kolejowej 408 i 409 na odcinku Szczecin Główny - Szczecin Gumieńce - granica państwa, etap I: linie kolejowe nr 408 i 409” - w ramach projektu „Prace przygotowawcze dla wybranych projektów sieci TEN-T”.

1.3. Ostatecznie termin składania ofert w Postępowaniu został wyznaczony na 18 lutego 2022 r.

1.4. We wskazanym terminie zostało złożonych 7 ofert. Zestawienie złożonych w Postępowaniu ofert (od najtańszej do najdroższej) wyglądało następująco:

L.p. Nazwa wykonawcy Zaoferowana cena brutto

1. DATABOUT Sp. z o.o. 10.799.400 PLN

2. Konsorcjum BPK Poznań 11.402.100 PLN

3. Odwołujący 15.997.380 PLN

4. Transprojekt Gdański Sp. z o.o. 17.466.000 PLN

5. BBF Sp. z o.o. 17.589.000 PLN

6. MGGP S.A. 18.056.400 PLN

7. EGIS Poland Sp. z o.o. 32.877.900 PLN

1.5. W dniu 22 kwietnia 2022 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu. Wybrana została oferta Konsorcjum BPK Poznań.

1.6. Punktacja przyznana ofertom podlegającym ocenie w kryteriach oceny ofert obowiązujących w Postępowaniu wyglądała następująco:

L.p.	Nazwa wykonawcy	Liczba punktów
1.	Konsorcjum BPK Poznań	100
2.	Odwołujący	71,27

3.	Transprojekt Gdański Sp. z o.o.	65,28
4.	BBF Sp. z o.o.	64,83
5.	MGGP S.A.	63,15
6.	EGIS Poland Sp. z o.o.	34,68
X	DATABOUT Sp. z o.o.	oferta odrzucona

DOWÓD: Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu z 22 kwietnia 2022 r. (w aktach Postępowania).

1.7. Dla lepszej czytelności prezentowanej argumentacji w sprawie, pozostałe elementy stanu faktycznego, istotne z punktu widzenia poszczególnych zarzutów odwołania, zostaną opisane poniżej w uzasadnieniu zarzutów.

2. Zarzut odnoszący się do osoby Koordynatora w branży mostowej

Okoliczności dotyczące zaistniałego w sprawie stanu faktycznego

2.1. Jednym z warunków udziału w Postępowaniu było dysponowania osobą Koordynatora w branży mostowej. Zgodnie z treścią pkt 8.6.2 IDW Lp. 2 Tabeli wykonawca zobowiązany był wykazać spełnienie dla takiej osoby:

- wymogu co do uprawnień: uprawnienia budowlane do projektowania

bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej mostowej,

- wymogu co do kwalifikacji (doświadczenia): w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert opracował w charakterze projektanta w danej branży co najmniej jedną dokumentację projektową (obejmującą projekt budowlany i/lub projekt wykonawczy) w zakresie budowy lub przebudowy mostu lub wiaduktu o rozpiętości najdłuższego przęsła min 25 m i długości obiektu (L) min. 75 m.

W oparciu o powyższą dokumentację projektową uzyskano ostateczną decyzję o pozwoleniu na budowę lub inną decyzję umożliwiającą realizację prac budowlanych (w szczególności ZRID i zgłoszenie robót).

Za jedną dokumentację projektową uważa się dokumentację, na podstawie której pozyskano co najmniej jedną decyzję o pozwoleniu na budowę lub inną decyzję umożliwiającą realizację prac budowlanych (w szczególności ZRID i zgłoszenie robót).

2.2. Na potwierdzenie spełnienia warunku, o którym mowa, Konsorcjum BPK Poznań przedstawiło w dniu 15 marca 2022 r. wykaz osób, w którym wskazało na stanowisko Koordynatora w branży mostowej Pana P. K.

2.3. W przedstawionym przez Konsorcjum BPK Poznań wykazie osób doświadczenie Pana P. K. mające na celu potwierdzenie spełnienia wskazanego powyżej warunku zostało opisane w następujący sposób:

Opracował w charakterze projektanta branży mostowej dokumentację projektową (obejmującą projekt budowlany) w zakresie budowy mostu kolejowego w km 155,988, o rozpiętości najdłuższego przęsła 96 m i długości 193,5 m w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Prace na linii E75 na odcinku Czyżew-Białystok". Na podstawie w/w dokumentacji projektowej uzyskano ostateczną decyzję pozwolenia na budowę (podkr. Odwołującego). dowód: Wykaz osób Konsorcjum BPK przedłożony 15 marca 2022 r. (w aktach postępowania).

2.4. W dniu 28 marca 2022 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum BPK Poznań do przedstawienia wyjaśnień dotyczących wskazanego przez wykonawcę doświadczenia Pana mgr inż. P. K.

2.5. W treści przywołanego wezwania Zamawiający wskazał, że wedle jego informacji projekt budowlany dla rozbiórki i budowy mostu kolejowego w km 155,988 w ramach projektu pn.: „Prace na linii E75 na odcinku Czyżew-Białystok" został opracowany przez inną osobę.

2.6. W związku z powyższym, Zamawiający wezwał Konsorcjum BPK Poznań do wyjaśnienia, czy Pan P. K. rzeczywiście opracował w charakterze projektanta w branży mostowej dokumentację projektową (obejmującą projekt budowlany) w zakresie budowy mostu kolejowego w km 155,988 w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Prace na linii E75 na odcinku Czyżew-Białystok", na podstawie, której to dokumentacji uzyskano ostateczną

decyzję pozwolenia na budowę?

2.7. Zamawiający poprosił też o wskazanie szczegółowego zakresu rzeczowego zaprojektowanej przez Pana P. K. dokumentacji projektowej.

DOWÓD: Wezwanie z 28 marca 2022 r. do przedstawienia wyjaśnień (w aktach Postępowania).

2.8. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Konsorcjum BPK Poznań przedstawiło w dniu 31 marca 2022 r. wyjaśnienia, w których wskazało, że:

P. K. brał udział (już nie „opracował" - przyp. Odwołującego) w opracowaniu dokumentacji projektowej dla realizacji inwestycji pn.: „Prace na linii E75 na odcinku Czyżew-Białystok". Inwestycja została podzielona na kilka etapów inwestycyjnych, dla których wykonano i opracowano osobną dokumentację projektową.

Pan P. K. opracował w charakterze projektanta branży mostowej dokumentację projektową dla odcinka pn.: „LCS Białystok F1. Szlak Łapy - p.odg.

Turczyn odc. A".

Pan P. K. wykonał dokumentację projektową w branży mostowej obejmującą projekt budowlany i wykonawczy w zakresie budowy mostu kolejowego w km 155,988, o rozpiętości przęsła 96 m i długości 193,5m w ramach zadania inwestycyjnego pn.: Na podstawie dokumentacji projektowej dla wskazanego odcinka LCS Białystok F1. Szlak Łapy - p.odg. Turczyn odc. A uzyskano ostateczną decyzję pozwolenia na budowę.

(...)

Na potwierdzenie powyższego w załączeniu przedkładamy do informacji Zamawiającego stronę tytułową Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego LCS Białystok F1. Szlak Łapy -p.odg. Turczyn odc. A - Część 5 - Obiekty inżynieryjne - Rozbiórka i budowa mostu kolejowego w km 155,988, w ramach projektu „Prace na linii E75 na odcinku Czyżew-Białystok potwierdzającą doświadczenie Pana P. K., W/w projekty stanowiły materiały przetargowe dostępne na Państwa Platformie Zakupowej pod linkiem

=siwz_tab&demandIdentity=276566&noticeIdentity=11559&expired=1.

dowód: Wyjaśnienia Konsorcjum BPK Poznań z 30 marca 2022 r. (w aktach postępowania).

2.9. W dniu 11 kwietnia 2022 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum BPK Poznań do uzupełnienia wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia w zakresie Koordynatora w branży mostowej stwierdzając ostatecznie, że Pan P. K. brał udział w przygotowaniu dokumentacji dla wskazanej inwestycji na określonym jej etapie, ale realizował inną dokumentację (wersja 02 z lutego 2019 r.), która nie stanowiła podstawy do wydania decyzji o pozwoleniu na budowę (podkr. Odwołującego).

2.10. Stanowisko Zamawiającego zostało szczegółowo opisane w treści wezwania. W szczególności, Zamawiający wskazał, że z materiałów znajdujących się w jego posiadaniu wynika, że pozwolenie na budowę (decyzja 21/2/2020 z 17 maja 2020 r.) uzyskano na podstawie projektu budowlanego dla Odcinka F1. Szlak Łapy - Białystok odc. A (155,200 - 156,800) dla Rozbiórki i budowy mostu kolejowego w km 155,988 - z grudnia 2019 r. - wersja 05, w którym Pan P. K. nie został wskazany jako projektant.

2.11. Z kolei ostateczną wersją projektu wykonawczego, na której Pan P. K. również nie został wskazany jako projektant, jest projekt wykonawczy dla Odcinka F1. Szlak Łapy - Białystok odc. A (155,200 - 156,800) dla Rozbiórki i budowy mostu kolejowego w km 155,988 - wersja 06 z kwietnia 2020 r.

2.12. Podsumowując Zamawiający stwierdził, że Pan P. K. brał udział w przygotowaniu dokumentacji dla wskazanej inwestycji na określonym jej etapie, ale realizował inną dokumentację (wersja 02 z lutego 2018 r.), która nie stanowiła podstawy do wydania decyzji o pozwoleniu na budowę (podkr. Odwołującego).

2.13. W konsekwencji, Zamawiający postanowił wezwać Konsorcjum BPK Poznań do uzupełnienia wykazu osób w zakresie Koordynatora w branży mostowej.

dowód: Wezwanie do uzupełnienia z 11 kwietnia 2022 r. (w aktach Postępowania).

2.14. W odpowiedzi na powyższe wezwanie pismem z 15 kwietnia 2022 r. Konsorcjum BPK Poznań stwierdziło:

podtrzymując wyjaśnienia szczegółowo opisane w piśmie NM/58/2022 z dnia 30.03.2022 r. w naszej ocenie Pan P. K. spełnia warunki określone dla koordynatora w branży mostowej (pkt 8.6.2 IDW Lp. 2 Tabeli), jednak wypełniając wolę Zamawiającego określoną w w/w wezwaniu z dnia 11.04.2022 r. w załączeniu przedkładamy uzupełniony Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia w części dotyczącej osoby na stanowisko koordynatora w branży mostowej (...).

2.15. Ostatecznie zatem Konsorcjum BPK Poznań choć podtrzymało swoje stanowisko w zakresie oceny spełnienia przez Pana P. K. warunków udziału w Postępowaniu dla Koordynatora w branży mostowej, przedstawiło nowy wykaz z nową osobą - Panem M. Ż.

2.16. Doświadczenie Pana M. Ż. nie budziło już żadnych wątpliwości po stronie Zamawiającego.

DOWÓD: Pismo Konsorcjum BPK Poznań z 15 kwietnia 2022 r. (w aktach Postępowania).

2.17. W konsekwencji, w dniu 22 kwietnia 2022 r. Zamawiający wybrał ofertę złożoną w Postępowaniu przez BPK Poznań.

Doświadczenie Pana M. Ż. nie budziło już żadnych wątpliwości po stronie Zamawiającego.

DOWÓD: Pismo Konsorcjum BPK Poznań z 15 kwietnia 2022 r. (w aktach Postępowania).

Uzasadnienie o charakterze prawnym

2.18. W świetle opisanych powyżej okoliczności faktycznych należy uznać, że w niniejszej sprawie spełnione zostały przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP oraz z art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP, które obligowały Zamawiającego do wykluczenia z Postępowania Konsorcjum BPK Poznań i odrzucenia na tej podstawie złożonej przez tego wykonawcę oferty.

2.19. Pierwszy z przywołanych przepisów prawa stanowi, że zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

2.20. Drugi ze wskazanych przepisów prawa stanowi, że zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co

mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

2.21. Elementem wspólnym dla wskazanych powyżej przepisów prawa pozostaje przekazanie zamawiającemu niezgodnej z rzeczywistością informacji. W zaistniałym stanie faktycznym tą informacją (prezentowaną przez Konsorcjum BPK Poznań konsekwentnie od 15 marca 2022 r.) było stwierdzenie, że Pan P. K. przygotował dokumentację projektową, która stanowiła podstawę do wydania decyzji o pozwoleniu na budowę, czego wymagała SWZ.

2.22. O tym, że powyższe zdanie nie jest prawdziwe świadczy jednoznacznie treść Wezwania do uzupełnienia z 11 kwietnia 2022 r. Tym samym, okoliczność ta została przyznana przez Zamawiającego (zob. punkt 2.9 - 2.12 treści uzasadnienia niniejszego odwołania).

2.23. Co ważne, Konsorcjum BPK Poznań w żaden sposób nie zakwestionowało powyższego ustalenia Zamawiającego w drodze odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

2.24. Okoliczność ta pozostaje zatem pośrednio przyznana przez wszystkich zaangażowanych, tj. zarówno Zamawiającego (jednoznaczne stanowisko zawarte w treści Wezwania do uzupełnienia z 11 kwietnia 2022 r.), jak i Konsorcjum BPK Poznań (brak podjęcia realnej polemiki z ustaleniami Zamawiającego).

2.25. Wracając do przywołanych na wstępie niniejszej części uzasadnienia odwołania przepisów prawa warto zaznaczyć, że podejście Konsorcjum BPK Poznań wypełnia także znamiona obydwu wskazanych przesłanek wykluczenia w zakresie strony podmiotowej popełnionego czynu. Nie budzi bowiem żadnych wątpliwości, że wykonawca prezentujący doświadczenia swojego personelu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinien powziąć wszelkie możliwe środki, aby uzyskać pewność co do prawdziwości przekazywanych zamawiającemu informacji np. zweryfikować precyzyjnie informacje dot. osoby wskazywanej w wykazie osób, która nie pozostawała przecież pracownikiem żadnego z członków Konsorcjum BPK Poznań. Co więcej, podanie zamawiającemu nieprawdziwej informacji - w szczególności wobec możliwości łatwej jej weryfikacji przez zamawiającego (omawiana inwestycja była przecież realizowana na jego rzecz) świadczy o tym, że wykonawca wykazał się co najmniej niedbalstwem (art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP). Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej zapadłe na kanwie poprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych znajdujące jednak zastosowanie także do aktualnego stanu prawnego: jeżeli wykonawca przedstawia w złożonym przez siebie oświadczeniu informacje odnośnie osób, którymi dysponuje, pozostające w sprzeczności z faktami, zaś zamawiający z łatwością może dotrzeć do właściwych informacji, to uznać należy, że wykonawca wykazał się co najmniej niedbalstwem wpisującym się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p.

2.26. Co więcej, w dalszym toku Postępowania jednoznacznie podtrzymywał swoje stanowisko, co wskazuje na umyślność w działaniu (art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP). Powyższe potwierdza jednoznacznie stwierdzenie Konsorcjum BPK Poznań w piśmie z 15 kwietnia 2022 r.: podtrzymując wyjaśnienia szczegółowo opisane w piśmie NM/58/2022 z dnia 30.03.2022 r. w naszej ocenie Pan P. K. spełnia warunki określone dla koordynatora w branży mostowej (pkt 8.6.2 IDW Lp. 2 Tabeli) (...).

2.27. Z kolei to, że przekazana informacja dotycząca Pana P. K. mogła mieć wpływ na wynik Postępowania już w ogóle nie powinno budzić wątpliwości. Dotyczyła ona bowiem spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w Postępowaniu, a zatem, gdyby Zamawiający nie zidentyfikował tej nieprawidłowości, wówczas do realizacji zamówienia dopuszczona zostałaby osoba niespełniająca wymagań SWZ, a zamówienie realizowałby wykonawca podlegający wykluczeniu.

2.28. Na potwierdzenie powyższego warto przywołać fragment jednego z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej , w którym stwierdza się, że: do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co do zasady, można zaliczyć informacje stanowiące podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy, czy też odrzucenia jego oferty.

2.29. Warto w tym miejscu zaznaczyć, że zupełnie bez znaczenia pozostaje fakt, że w tym konkretnym przypadku Zamawiający był w stanie samodzielnie zidentyfikować nieprawdziwość przekazanej mu informacji.

2.30. Uprzedzając też ewentualną argumentację ze strony Zamawiającego, nie można przyjąć, że w tym konkretnym przypadku Zamawiający nie mógł zostać wprowadzony w błąd wyłącznie z uwagi na fakt, że przecież to on sam był inwestorem przy realizacji inwestycji, w której brała udział osoba wskazana przez Konsorcjum BPK Poznań. Podkreśla to bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej , w którym wskazuje się, że nawet w odniesieniu do informacji dotyczących umów realizowanych na rzecz tego samego zamawiającego może potencjalnie dojść do wprowadzenia w błąd, nie można bowiem wykluczyć błędnego przyjęcia przez zamawiającego tych informacji za prawdziwe.

2.31. Podobnie orzekała Izba w analogicznych wyrokach w odniesieniu również do (tego konkretnego) Zamawiającego: w ocenie Izby dla oceny czy doszło do wprowadzenia w błąd nie ma znaczenia fakt, że w kolumnie firma wpisano PKP PLK S.A., a zatem zamawiający miał możliwość zweryfikowania tych informacji na podstawie posiadanych przez siebie danych. Wprawdzie taki argument zamawiający podnosił podkreślając, że w sposób łatwy mógł dokonać sprawdzenia, że są to dane/informacje nieprawdziwe, jednakże ocena taka nie może znaleźć aprobaty. Jak już wcześniej Izba zwracała uwagę okoliczność, że zamawiający zna zadania realizowane na jego rzecz, a zatem ma możliwość samodzielnego ustalenia i wykrycia rzeczywistych danych nie ma znaczenia. Nadal bowiem mamy do czynienia z przekazaniem danych niezgodnych z rzeczywistością. Wprowadzenie zamawiającego w błąd w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp nie może być bowiem rozumiane w ten sposób, że zamawiający nie dostrzegł nieprawdziwości przedstawionych mu informacji i pozostał niezmiennie w błędnym przekonaniu co do spełniania warunku udziału w postępowaniu, gdyby bowiem tak było, zamawiający nie miałby nigdy możliwości wykluczenia wykonawcy na podstawie wskazanego wyżej przepisu.

2.32. W świetle powyższego, w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym w sposób niebudzący wątpliwości doszło do zaistnienia przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP oraz art.

109 ust. 1 pkt 10 PZP.

2.33. Nieprawidłowości w stosowaniu przepisów PZP zostały jednak popełnione także na dalszym etapie Postępowania.

2.34. Nie dość, że Zamawiający nie zastosował wobec Konsorcjum BPK Poznań wskazanych powyżej podstaw do wykluczenia, to dodatkowo zezwolił temu wykonawcy na uzupełnienie (poprawienie) informacji nieprawdziwych złożonych w toku Postępowania. Taki właśnie skutek miało przecież uzupełnienie przez Konsorcjum BPK Poznań wykazu osób poprzez wskazanie nowego Koordynatora w branży mostowej.

2.35. Takie podejście Zamawiającego budzi uzasadnione wątpliwości z dwóch powodów.

2.36. Po pierwsze, praktyka Zamawiającego w tym przypadku w większości prowadzonych postępowań wskazuje, że w analogicznych sytuacjach dochodzi do wykluczenia wykonawcy przedstawiającego informacje nieprawdziwe, ewentualnie do zakomunikowania mu takiej intencji poprzez umożliwienie mu przeprowadzenia procedury samooczyszczenia.

2.37. W tym kontekście jedynie na marginesie warto przywołać przykład z tego samego Postępowania, w którym w analogicznej sytuacji (negatywna ocena Zamawiającego wobec informacji dotyczących doświadczenia jednej z osób przedstawionych przez wykonawcę) Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu DATABOUT Sp. z o.o. z Postępowanie, bez wzywania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 PZP.

2.38. Po drugie, warto podkreślić, że właśnie jedyny dopuszczalny przypadek, w którym pośrednio mogłoby w zaistniałej sytuacji dojść do zastąpienia informacji nieprawdziwej (wskazanej w pierwotnym wykazie osób Konsorcjum BPK Poznań) informacją prawdziwą (wskazanej w uzupełnionym wykazie osób) wiązałby się z procedurą samooczyszczenia opisaną w art. 110 ust. 2 PZP. Procedura taka nie została jednak nigdy w Postępowaniu zainicjowana przez Konsorcjum BPK Poznań, pomimo że wykonawca miał ku temu sposobność aż dwukrotnie: najpierw z chwilą, gdy Zamawiający wezwał go do wyjaśnień w dniu 28 marca 2022 r., a następnie w dniu 11 kwietnia 2022 r., gdy Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia wykazu osób.

2.39. Z uwagi na powyższe należy przyjąć, że w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym Konsorcjum BPK Poznań bezpowrotnie utraciło już możliwość skorzystania z dobrodziejstwa art. 110 ust. 2 PZP w Postępowaniu. Wniosek taki wynika z tego, że wykonawca nie przeprowadził procedury samooczyszczenia przy pierwszej możliwej ku temu okazji, a nawet kolejnej, którą bezprawnie stworzył mu Zamawiający. Wykonawca jednak z takiej (podwójnej) możliwości nie skorzystał, co obecnie czyni możliwość przeprowadzenia procedury samooczyszczenia niemożliwym.

2.40. Co więcej, możliwość skorzystania z procedury samooczyszczenia w stosunku do Konsorcjum BPK Poznań jest także dlatego wyłączona, ponieważ warunkiem koniecznym dla możliwości skorzystania z niej w zaistniałych okolicznościach było przyznanie się przez wykonawcę do popełnionego czynu.

2.41. Powyższe potwierdził także Sąd Okręgowy w Warszawie: tylko bowiem w wypadku uznania wykonawcy za podlegającego wykluczeniu w oparciu o przesłanki wskazane w treści art. 24 ust. 8 ustawy Pzp istnieje możliwość tzw. samooczyszczenia. Powyższe wynika nie tylko z literalnej treści art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, który stanowi, że z tej instytucji może skorzystać tylko wykonawca, który podlega wykluczeniu, ale również z wykładni celowościowej tego przepisu.

2.42. Odnosząc powyższe do zaistniałego w sprawie stanu faktycznego należy zauważyć, że Konsorcjum BPK Poznań do samego końca konsekwentnie twierdziło (i nadal przecież twierdzi), że przekazane informacje odnoszące się do doświadczenia Pana P. K. były prawdziwe (zob. punkt 2.26 treści uzasadnienia niniejszego odwołania) i że nie zachodzi (w konsekwencji) przesłanka wykluczenia.

2.43. Z powodów podanych powyżej nie było (ani nie jest) dopuszczalne zastąpienie informacji nieprawdziwych przedstawionych w toku Postępowania przez Konsorcjum BPK

informacjami prawdziwymi przy wykorzystaniu procedury samooczyszczenia.

2.44. Tym bardziej nie jest natomiast dopuszczalne, aby działając na podstawie art. 128 ust. 1 PZP dokonać poprawienia informacji nieprawdziwych, które powinny skutkować

wykluczeniem wykonawcy.

2.45. Powyższy pogląd jest od wielu lat ugruntowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie z nim, złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji wyłącza

możliwość uzupełniania dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w trybie art.128 ust. 1 PZP (uprzednio: art. 26 ust. 3 PZP).

2.46. Dla przykładu warto przywołać w tym miejscu wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 marca 2017 r., Sgn. KIO 382/17, zgodnie z którym: przepisy ustawy Pzp nie przewidują możliwości sanowania nieprawdziwej informacji i nie statuują obowiązku zamawiającego do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe do złożenia informacji niewadliwych lub poprawienia informacji złożonych na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Nie pozostawia wątpliwości redakcja przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, gdyż norma ta stanowi, że w przypadku, gdy wykonawca złożył w ofercie informacje wprowadzające w błąd zamawiającego mające wpływ na wynik, zamawiający ma bezwzględny obowiązek wykluczenia tego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia. Jednolita jest również w tym zakresie linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej, która w swoich wyrokach podkreśla, że możliwość uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień w tym trybie w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji jest wyłączona.

2.47. Podsumowując, Zamawiający:

- zaniechał wykluczenia Konsorcjum BPK Poznań z Postępowania, pomimo że w stosunku do tego wykonawcy zaistniały przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP

oraz z art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP,

- umożliwił prawnie nieskuteczną korektę informacji nieprawdziwych,

- wybrał ofertę wykonawcę, który podlegał wykluczeniu, a który nie skorzystał z procedury samooczyszczenia, o której mowa w art. 110 ust. 2 PZP.

2.48. Tym samym, omawiany zarzut odwołania zasługuje na uwzględnienie.

3. zarzut odnoszący się do tajemnicy przedsiębiorstwa - wyjaśnień co do zaoferowanej ceny przez Konsorcjum BPK Poznań

Okoliczności dotyczące zaistniałego w sprawie stanu faktycznego

3.1. W dniu 22 lutego 2022 r. Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 1 PZP wezwał Konsorcjum BPK Poznań do przedstawienia wyjaśnień oraz dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty i jej części składowych.

3.2. W treści tego wezwania Zamawiający w szczególności wypunktował okoliczności, które budziły jego szczególne zainteresowanie.

DOWÓD: Wezwanie z 22 lutego 2022 r. do przedstawienia wyjaśnień oraz dowodów

dotyczących wyliczenia ceny zaoferowanej przez Konsorcjum BPK Poznań (w aktach Postępowania).

3.3. W dniu 2 marca 2022 r. Konsorcjum BPK Poznań przedstawiło swoje wyjaśnienia, jednakże zostały one w całości zastrzeżone jako zawierające wyłącznie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

3.4. Odwołującemu udostępnione zostało jedynie uzasadnienie dla utajnienia tych wyjaśnień, co było możliwe dzięki odtajnieniu tej części wyjaśnień przez Zamawiającego w

dniu 21 marca 2022 r.

3.5. Z informacji pozyskanych przez Odwołującego (vide: pismo Zamawiającego z 28 kwietnia 2022 r.) wynika natomiast, że przedłożone wyjaśnienia liczyły 7 stron

(w tym uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa) wraz z 43 załącznikami liczącymi ponad 120 stron.

DOWÓD: Część jawna wyjaśnień Konsorcjum BPK Poznań z 2 marca 2022 r.

zawierająca uzasadnienie dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (w aktach Postępowania).

Pismo Zamawiającego z 21 marca 2022 r. o odtajnieniu uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa do wyjaśnień Konsorcjum BPK Poznań (w aktach Postępowania).

Pismo Zamawiającego z 28 kwietnia 2022 r. (Załącznik nr 8 do niniejszego odwołania).

3.6. Następnie w dniu 10 marca 2022 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum BPK Poznań do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty tego wykonawcy i jej części składowych. Treść tego wezwania została w dużej mierze przez Zamawiającego utajniona.

DOWÓD: Część jawna wezwania z 10 marca 2022 r. do przedstawienia dalszych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny zaoferowanej przez Konsorcjum BPK Poznań (w aktach Postępowania).

3.7. W dniu 15 marca 2022 r. Konsorcjum BPK Poznań przedstawiło swoje wyjaśnienia, jednak podobnie jak w przypadku wyjaśnień z 2 marca 2022 r., także te wyjaśnienia zostały w całości zastrzeżone jako zawierające wyłącznie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

3.8. Ponownie zatem Odwołującemu udostępnione zostało jedynie (to samo co w przypadku wyjaśnień z 2 marca 2022 r.) uzasadnienie dla utajnienia składanych wyjaśnień, co było możliwe dzięki odtajnieniu tej części wyjaśnień przez Zamawiającego w dniu 21

marca 2022 r.

3.9. Z informacji pozyskanych przez Odwołującego (vide: pismo Zamawiającego z 28 kwietnia 2022 r.) wynika natomiast, że przedłożone wyjaśnienia liczyły 7 stron (w tym uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa) wraz z 1 załącznikiem.

DOWÓD: Część jawna wyjaśnień Konsorcjum BPK Poznań z 15 marca 2022 r.

zawierająca uzasadnienie dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (w aktach Postępowania).

Pismo Zamawiającego z 21 marca 2022 r. o odtajnieniu uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa do wyjaśnień Konsorcjum BPK Poznań (w aktach Postępowania).

Pismo Zamawiającego z 28 kwietnia 2022 r. (Załącznik nr 8 do niniejszego odwołania).

Uzasadnienie o charakterze prawnym

3.10. W ocenie Odwołującego, Konsorcjum BPK Poznań w żaden sposób nie wykazało, dlaczego całe przedłożone Zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej w Postępowaniu ceny nie mogą zostać ujawnione.

3.11. Dla skuteczności zastrzeżenia danej informacji (a nie całych wyjaśnień jak uczyniło to Konsorcjum BPK Poznań) niezbędne jest bowiem wykazanie trzech przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 UZNK, tj.:

- wartości gospodarczej zastrzeganych informacji,
- braku ujawnienia tych informacji do wiadomości publicznej,
- podjęcia działań mających na celu zachowanie poufności zastrzeganych informacji.

3.12. Co ważne, dla skutecznego zastrzeżenia danej informacji jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa niezbędne jest wykazanie wszystkich trzech wskazanych powyżej przesłanek łącznie. Tym samym, brak wykazania którejkolwiek z nich powinien skutkować ujawnieniem bezprawnie zastrzeżonych informacji.

3.13. W świetle powyższego, nie jest właściwym traktowanie uprawnienia do zastrzeżenia określonych informacji jako narzędzia służącego uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym (tutaj: Odwołującemu) oceny ofert i dokumentów składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tego rodzaju sytuacje nie powinny być przez wykonawców nadużywane, a powinny być ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji, zaś z perspektywy zamawiającego - powinny być badane z wyjątkową starannością (tak też: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 14 czerwca 2018 r., sygn. KIO 1058/18).

3.14. W kontekście przedmiotowego zarzutu odwołania należy podkreślić, że rolą Zamawiającego było w tym przypadku ustalenie czy Konsorcjum BPK Poznań sprostało obowiązkom wskazanym powyżej i wykazało w ramach przedstawionego uzasadnienia, że całe przedstawione wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

3.15. Należy zwrócić uwagę, że nałożony na wykonawcę (tutaj: Konsorcjum BPK Poznań) przez Ustawodawcę obowiązek wykazania zaistnienia przesłanek dla tajemnicy przedsiębiorstwa, oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z całą pewnością za wykazanie nie może zostać uznane ogólne uzasadnienie bez jakiegokolwiek związku z zastrzeganymi informacjami.

3.16. W tym sensie, przedstawione przez Konsorcjum BPK Poznań uzasadnienie (pozostające bez jakiegokolwiek związku z Postępowaniem) ma na tyle ogólny charakter, że z powodzeniem mogłoby zostać zastosowane do dowolnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dowolnym przedmiotem.

3.17. W ocenie Odwołującego, Konsorcjum BPK Poznań nie wykazało ani wartości gospodarczych zastrzeżonych informacji (czyli tego w jaki sposób wiedza pozyskana przez innych wykonawców wskutek udostępnienia im omawianych wyjaśnień pozwoliłaby im zaoszczędzić jakiekolwiek wydatki, czas lub zwiększyć zyski z prowadzonej działalności gospodarczej), ani podjęcia jakichkolwiek konkretnych działań mających na celu zachowanie poufności zastrzeganych informacji. Powyższe wynika jednoznacznie z treści ujawnionego uzasadnienia dla objęcia całych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa.

3.18. Dla lepszej czytelności dwie wskazane powyżej okoliczności zostaną omówione odrębnie w odniesieniu do konkretnych zapisów uzasadnienia Konsorcjum BPK Poznań w kolejnych podpunktach niniejszego uzasadnienia.

Brak wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji

3.19. Przechodząc do uzasadnienia dla braku wykazania wartości gospodarczej zastrzeżonych przez Konsorcjum BPK Poznań informacji należy zwrócić uwagę, że mają one charakter bardzo ogólnych (czasami wręcz abstrakcyjnych) twierdzeń, nieodnoszących się w żaden sposób do istoty przedkładanych wyjaśnień.

3.20. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 czerwca 2018 r., sygn. akt: KIO 1058/18: wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji może wyrażać się w sposób pozytywny - poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo, znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa - może znaleźć uchwytny wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowych jako wartość niematerialna i prawna).

3.21. Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Wartość gospodarcza to wartość informacji w obrocie, pozwalająca skwantyfikować informację i ująć ją w postaci wartości o charakterze finansowym. Wartość ta ma zatem wymiar obiektywny.

3.22. Co istotne, Konsorcjum BPK Poznań nawet nie uprawdopodobniło w jakikolwiek sposób ani wartości gospodarczej rozumianej w sposób pozytywny, ani też nie wykazało jakiejkolwiek szkody, którą mogłoby ponieść wskutek ujawnienia zastrzeżonych informacji.

3.23. Jedyne stwierdzenia odnoszące się do omawianej kwestii zawarte w treści uzasadnienia są następujące:

- Opisany sposób kalkulacji oferty jak i poszczególne dane cenotwórcze oraz oferty handlowe stanowią istotną wartość gospodarczą Wykonawcy.

- Arkusz wyceny kontraktów do przetargu zawiera dane dotyczące m. in.

wynagrodzeń osób wchodzących w skład danej branży zatrudnionych w konsorcjum oraz liczby osób przewidzianych do realizacji w/w zamówienia, które są wartością gospodarczą Wykonawcy.

- Zapoznanie się z przedstawionymi wyjaśnieniami stwarza możliwości powzięcia przez podmioty konkurencyjne informacji dotyczących strategii budowania ceny oferty jak i składników cenotwórczych, firm współpracujących z konsorcjum, kształtowania ich cen dla konsorcjum które stanowią „know-how" Wykonawcy i posiadają wartość handlową, gospodarczą i organizacyjną.

3.24. W tym miejscu warto zaznaczyć, że Konsorcjum BPK Poznań nawet nie podjęło próby wykazania jak ujawnienie tego typu informacji (jeżeli w ogóle takie znajdują się w treści wyjaśnień) skutkowałoby jakąkolwiek korzyścią po stronie wykonawców konkurencyjnych.

3.25. Ponadto, Konsorcjum BPK Poznań nie wykazało tym bardziej w jakikolwiek sposób jak ujawnienie zastrzeżonych informacji godziłoby w interes tego wykonawcy. Sformułowania przywołane powyżej pozostają wyłącznie pustymi stwierdzeniami, niezawierającymi jakiejkolwiek wartości merytorycznej.

3.26. Wykazanie wartości gospodarczej zastrzeganych informacji miało charakter ogólny,

bez jakiegokolwiek powiązania z konkretnymi informacjami przekazywanymi w

toku Postępowania.

3.27. W świetle powyższego, należy uznać, że Konsorcjum BPK Poznań nie wykazało wartości gospodarczej dla wszystkich informacji stanowiących wyjaśnienia tego wykonawcy złożone w toku Postępowania i już tylko z tego powodu powinny one być ujawnione Odwołującemu.

Brak wykazania działań mających na celu zachowanie poufności zastrzeganych informacji

3.28. Przechodząc do uzasadnienia dla braku wykazania działań mających na celu zachowanie poufności zastrzeganych informacji należy zwrócić uwagę, że podobnie jak przy wykazywaniu wartości zastrzeganych informacji Konsorcjum BPK Poznań buduje swoją argumentację w sposób abstrakcyjny i w oderwaniu od informacji przekazywanych Zamawiającemu.

3.29. Wykazane przez wykonawcę środki techniczne w zakresie kontroli dostępu, ruchu w sieci, bezpieczeństwa komputerów, bezpieczeństwa aplikacji, dostępu do Internetu nie stanowią w obecnych czasach jakichkolwiek wysublimowanych środków (np. wyjaśnienia przechowywane są na komputerach zabezpieczonych hasłami), w szczególności mających na celu ochronę tych konkretnych informacji, o które prosił Zamawiający. Doprowadzając tego typu twierdzenia do absurdu można by bronić tezy, że każdy dokument, który powstaje na komputerze w całości stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, bo przecież za każdym razem niezbędne jest zalogowanie się do niego, co obecnie stanowi standard na rynku.

3.30. Co więcej, poza samym zestawieniem podjętych środków, Konsorcjum BPK Poznań nie przedstawiło jakichkolwiek dowodów potwierdzających, że omawiane środki (choć niemające żadnego znaczenia z punktu widzenia przedstawianych wyjaśnień dla Zamawiającego, np. ograniczenie dostępu do Internetu dla niektórych pracowników) są w rzeczywistości stosowane. Nie wiadomo też, którego z członków konsorcjum dotyczy owo zestawienie.

3.31. W tym sensie, w żaden sposób nie wykazano związku przedstawionego wykazu podjętych środków (a w zasadzie opisu powszechnie stosowanych środków bezpieczeństwa IT) z ochroną tych konkretnych, zastrzeżonych w Postępowaniu informacji.

3.32. W świetle powyższego, należy uznać, że Konsorcjum BPK Poznań nie wykazało, a w szczególności nie udowodniło, podjęcia działań mających na celu zachowanie poufności zastrzeganych informacji stanowiących wyjaśnienia tego wykonawcy złożone w toku Postępowania i już tylko z tego powodu powinny one być ujawnione Odwołującemu.

3.33. W tym sensie wykonawca ten jedynie przedstawił bardzo ogólny i mało konkretny opis funkcjonowania systemów IT nie do końca wiadomo którego z podmiotów wchodzących w skład Konsorcjum BPK Poznań dotyczący, a dodatkowo w żaden sposób nie wykazał związku tych rzekomych działań z zastrzeganymi informacjami.

Ocena uzasadnienia tajemnicy dokonana przez Zamawiającego

3.34. Ogólny charakter przedstawionego przez Konsorcjum BPK Poznań uzasadnienia dla tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawianych wyjaśnień pośrednio potwierdził sam Zamawiający w piśmie z 21 marca 2022 r. o odtajnieniu. Wskazał on bowiem, że: opisane w uzasadnieniu środki przedsięwzięte w celu zachowania tajemnicy (a także samo

uzasadnienie tajemnicy) mają charakter ogólny - i dopiero załączone do złożonych (...) wyjaśnień ceny szczegółowe analizy oraz dokumenty zawierają konkretne dane i informacje o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa.

DOWÓD: Pismo Zamawiającego z 21 marca 2022 r. o odtajnieniu uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa do wyjaśnień Konsorcjum BPK Poznań (w aktach Postępowania).

3.35. W tym sensie, tajemnica przedsiębiorstwa omawianych dokumentów ma wyłącznie

charakter subiektywny, a brak przedstawienia w tym zakresie rzetelnego uzasadnienia i

dowodów podważa skuteczność działania Konsorcjum BPK Poznań w tym zakresie.

3.36. Zamawiający z kolei zaakceptował ostatecznie stanowisko Konsorcjum BPK Poznań i nie ujawnił żadnego fragmentu przedstawionych przez tego wykonawcę wyjaśnień pozostałym podmiotom biorącym udział w Postępowaniu, pomimo że sam zidentyfikował wadliwości przedstawionego uzasadnienia (zob. punkt 3.34 powyżej).

3.37. O ile bowiem Zamawiający (z czym Odwołujący się nie zgadza) mógł doszukiwać się pewnych argumentów na potwierdzenie wartości zastrzeganych informacji w treści samych wyjaśnień, tak w przypadku opisu działań mających na celu ochronę poufności tych informacji działanie takie jest niezasadne. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu: analiza treści zastrzeżonej informacji nie udzieli bowiem odpowiedzi na pytanie, czy uprawniony do korzystania z niej, bądź rozporządzania nią, podejmuje działania mające chronić informację przed dostępem osób niepowołanych .

3.38. W związku z powyższym, działanie Zamawiającego, który sam z siebie podejmuje działania na rzecz danego wykonawcy (w związku z zaniechaniem ich podjęcia przez tego wykonawcę) stanowi o naruszeniu zasady obiektywizmu i równego traktowania wykonawców (art. 16 pkt 1 PZP oraz art. 17 ust. 3 PZP). Zamawiający powinien w takiej sytuacji odtajnić (przynajmniej w niezbędnej części) wyjaśnienia Konsorcjum BPK, a nie „na siłę" doszukiwać się argumentów za zastrzeżeniem tych wyjaśnień w ich treści. Doprowadzając sposób

podejścia Zamawiającego do skrajności, wykonawca w ogóle mógłby nie przedstawiać uzasadnienia dla utajnienia wyjaśnień, ponieważ mógłby liczyć na to, że Zamawiający sam wnikliwie zapozna się z treścią składanych wyjaśnień i na ich podstawie uzna, że może rzeczywiście ma do czynienia z tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zastrzeżenie całych dokumentów jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz

podsumowanie

3.39. Niezależnie od sygnalizowanego powyżej sprzyjającego podejścia Zamawiającego dla Konsorcjum BPK Poznań, warto zwrócić uwagę na jeszcze jeden argument potwierdzający naruszenie przepisów PZP w tym zakresie.

3.40. Warto bowiem podkreślić, że ogólne zastrzeżenie całych wyjaśnień Konsorcjum BPK Poznań jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tylko ze względu na to, iż w ich treści mogłyby (nawet potencjalnie) znaleźć się pojedyncze informacje (np. konkretne kalkulacje), które zdaniem tego wykonawcy podlegają ochronie na podstawie art. 11 ust. 2 UZNK było nieprawidłowe. Utajnieniu mogą podlegać bowiem jedynie konkretne informacje - słowa czy wyrażenia, które spełniają wszystkie warunki wymagane dla zastosowania wyjątku, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. (obecnie: art. 18 ust. 3 PZP - przyp. Odwołującego), na co wprost zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 5 grudnia 2018 r., sygn. KIO 2395/18.

3.41. Nic zatem nie stało na przeszkodzie, aby z całych wyjaśnień Konsorcjum BPK Poznań wyodrębnić takie informacje, które w ocenie tego wykonawcy (i Zamawiającego) podlegają utajnieniu (chociaż bazując na treści uzasadnienia należy wątpić w to, czy w ogóle takie informacje znalazły się w treści wyjaśnień) i takie, które z takiej ochrony nie korzystają.

3.42. Podsumowując, w ocenie Odwołującego, uzasadnienie Konsorcjum BPK Poznań dla zastrzeżenia całej treści wyjaśnień jest nieskuteczne, a brak ujawnienia tych informacji przez Zamawiającego pozostaje bezprawny.

3.43. Jednocześnie, z daleko posuniętej ostrożności, Odwołujący wskazuje, że na obecnym etapie (wskutek zaniechania Zamawiającego) nie jest w stanie formułować dalej posuniętych zarzutów wobec Konsorcjum BPK Poznań, ponieważ

nie miał możliwości zapoznania się z okolicznościami zawartymi w niezasadnie utajnionych wyjaśnieniach tego wykonawcy.

4.Podsumowanie

4.1. W świetle powyższego, wskazane w treści niniejszego odwołania zarzuty są zasadne i zasługują na uwzględnienie.

4.2. Odwołujący wnosi jak na wstępie, z uwzględnieniem całokształtu przedstawionej powyżej argumentacji, o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie - pismo z 20 maja 2022r. - w aktach

sprawy.

Zamawiający składając odpowiedź na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania.

I. Zarzut podania nieprawdziwych informacji przez Konsorcjum BPK (zarzut nr II lit. a

odwołania)

(1) Zarzut sformułowany przez odwołującego w pkt (3) lit. a niniejszego pisma podlega oddaleniu ze względu na dokonanie jego oceny merytorycznej. Uznać bowiem należy, że w całości jest niezasadny, a odwołujący przedstawia argumentację dotyczącą informacji, które nie zostały przedstawione przez BPK w wykazie osób, jak również jego ocena opiera się na założeniach i domniemaniach, które nie mają potwierdzenia w faktach.

(2) Odwołujący w konkluzji swojego stanowiska wskazał, że:

Elementem wspólnym dla wskazanych powyżej przepisów prawa pozostaje przekazanie zamawiającemu niezgodnej z rzeczywistością informacji. W zaistniałym stanie faktycznym tą informacją (prezentowaną przez Konsorcjum BPK Poznań konsekwentnie od 15 marca 2022 r.) było stwierdzenie, że Pan P. K. przygotował dokumentację projektową, która stanowiła podstawę do wydania decyzji o pozwoleniu na budowę, czego wymagała SWZ.

(3) Zamawiający wskazuje, że podane przez Konsorcjum BPK w wykazie osób informacje dotyczące doświadczenia P. P. K. są prawdziwe. Jednocześnie, zamawiający w wyniku dokonania interpretacji warunków udziału w postępowaniu uznał, że Konsorcjum BPK nie wykazało ich spełniania i w związku z tą oceną dokonał wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów.

(4) Oznacza to, że przedmiotem oceny zaistnienia ww. przesłanek wykluczenia nie mogą być poglądy czy ocena wyrażana przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, np. wykonawca uważa, że jego zdaniem określona informacja (np. powyższa dokumentacja sporządzona przez P. K.) spełnia warunek udziału. Zamawiający bowiem dokonuje oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu na podstawie informacji dotyczących faktów, które podaje wykonawca, a nie na podstawie oceny faktów zaprezentowanej przez wykonawcę. Gdyby uznać inaczej wówczas czynność badania i oceny ofert w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie miałaby sensu.

(5) W związku z powyższym skoro powyższe informacje są z całą pewnością prawdziwe - co potwierdzają również stosowne dokumenty znajdujące się w posiadaniu zamawiającego to tym samym zarzut odwołującego należy uznać za niezasadny.

(6) Podkreślić należy, że zgodnie z treścią SWZ jednym z warunków udziału w postępowaniu było wymaganie zawarte w pkt 8.6.2 ppkt 2 IDW TOM I w zakresie Koordynatora w branży mostowej, tj.:

W okresie ostatnich dziesięciu [10] lat przed upływem terminu składania ofert opracował w charakterze projektanta w danej branży co najmniej jedną [1] dokumentację projektową (obejmującą projekt budowlany i/lub projekt wykonawczy) w zakresie budowy lub przebudowy mostu lub wiaduktu o rozpiętości najdłuższego przęsła min 25 m i długości

obiektu (L) min. 75 m.

W oparciu o powyższą dokumentację projektową uzyskano ostateczną decyzję o pozwoleniu na budowę lub inną decyzję umożliwiającą realizację prac budowlanych (w szczególności ZRID i zgłoszenie robót).

Za jedną [1] dokumentację projektową uważa się dokumentację, na podstawie której pozyskano co najmniej jedną [1] decyzję o pozwoleniu na budowę lub inną decyzję umożliwiającą realizację prac budowlanych (w szczególności ZRID i zgłoszenie robót).

(7) Z uzyskanych wyjaśnień Konsorcjum BPK (które zamawiający potwierdza w związku z dokonaną przez niego weryfikacją posiadanych dokumentów) wskazana w wykazie osób inwestycja została podzielona na kilka etapów inwestycyjnych, dla których wykonano i opracowano osobną dokumentację projektową.

(8) Pan P. K. opracował w charakterze projektanta branży mostowej dokumentację projektową dla odcinka pn.: „LCS Białystok F1. Szlak Łapy - p.odg. Turczyn odc. A". Pan P. K. wykonał dokumentację projektową w branży mostowej obejmującą projekt budowlany i wykonawczy w zakresie budowy mostu kolejowego w km 155,988, o rozpiętości przęsła 96m i długości 193,5m w ramach ww. zadania inwestycyjnego. Nadto, w ostatecznym rozrachunku na podstawie dokumentacji projektowej dla wskazanego odcinka LCS Białystok F1. Szlak Łapy - p.odg. Turczyn odc. A uzyskano ostateczną decyzję pozwolenia na budowę.

(9) Na podstawie zgromadzonego materiału przez zamawiającego oraz uzyskanych wyjaśnień przez wykonawcę uznać należy, że Pan Kwacz niewątpliwie zrealizował określony zakres prac dotyczący przedstawionej inwestycji w zakresie rozbiórki i budowy mostu kolejowego w km 155,988. W trakcie wykonywania prac nastąpiła zmiana projektanta i finalnie dokumentacja sygnowana nazwiskiem nowej osoby uzyskała pozwolenie na budowę. Tym samym obie osoby realizowały określony zakres prac każda w określonej części, ale co istotne następującej po sobie. Taki sposób pracy wynika z przyjętego przez wykonawcę oznaczenia, tj. wersja 02 i wersja 05.

(10) Powyższe oznacza, że wykonawca BPK, który realizował na rzecz zamawiającego PKP PLK SA umowę w zakresie opracowania określonej dokumentacji projektowej wykonywał ją w pierwszej fazie przy pomocy określonej osoby, tj. P. P. K. Następnie w wyniku określonych zdarzeń (np. rozwiązanie umowy o współpracę z P. K.) prace nad tą samą dokumentację kontynuowane były przez kolejnego projektanta BPK. Co istotne kolejny projektant nie stworzył odrębnego dzieła (nie rozpoczął swoich prac od podstaw i nie rozpoczął od nowa prac projektowych), przeciwnie kontynuował swojej czynności na dokumentacji pierwszego projektanta (P. K.).

(11) Zamawiający podkreśla, że w istocie całość prac w zakresie wykonania dokumentacji projektowej w branży mostowej obejmującą projekt budowlany i wykonawczy w zakresie budowy mostu kolejowego w km 155,988, o rozpiętości przęsła 96m i długości 193,5m w ramach ww. zadania inwestycyjnego została zrealizowana przez P. K. Zespół Zamawiającego dokonał oceny zakresu dokumentacji w wersji 02 (opracowanej przez P. K.) oraz w wersji 05 i różnica dotyczy wprowadzenia przez kolejnego projektanta zmian nieistotnych oraz kilku zmian merytorycznych.

(12) Powyższe oznacza, że słusznie wykonawca BPK mógł przyjąć, że skoro obie osoby wykonały jedno wspólne dzieło - dokumentację projektową, na podstawie której następnie uzyskano pozwolenie na budowę to okoliczność ta może potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

(13) Jednocześnie, wskazać należy, że warunek udziału w postępowaniu nie precyzuje, że za projektanta uważa się osobę wskazaną z imienia i nazwiska w dokumentacji stanowiącej podstawę uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę. Taką interpretację (bardzo rygorystyczną) przyjął zamawiający podczas dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu i w związku z tym, podjął decyzję o wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

(14) Oznacza to, że informacje wskazane przez BPK w wykazie osób (a dotyczące doświadczenia P. K.) stanowią fakty, a więc wydarzenia które miały miejsce w rzeczywistości (faktyczne opracowanie dokumentacji projektowej dla rozbiórki i budowy mostu kolejowego w km 155,988). Natomiast ocena prezentowana przez Odwołującego skupiająca się na przyjęciu założenia, że powyższa dokumentacja projektowa, na podstawie której uzyskano pozwolenie na budowę została w całości opracowana przez inną osobę, a co za tym idzie bez udziału P. K..

II. Zagadnienia natury prawnej - wprowadzenie w błąd

(15) Art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp dotyczy wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić

wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

(16) Z kolej art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp dotyczy wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

(17) Powyższe przepisy obejmują cztery różne stany faktyczne: zamierzone działanie, rażące niedbalstwo, lekkomyślność oraz niedbalstwo.

(18) Art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp dotyczy zamierzonego działania oraz rażącego niedbalstwa wykonawcy.

(19) Zamierzone działanie (czyli działanie umyślne) wykonawcy oznacza „sytuację, w której można mu przypisać świadomy zamiar nieprzestrzegania przepisów Prawa zamówień publicznych w celu uzyskania zamówienia. Działanie takie jest ukierunkowane na celowe wprowadzenie zamawiającego w błąd i polega na przedstawieniu informacji odbiegających od rzeczywistego stanu faktycznego" .

(20) Rażące niedbalstwo „zachodzi natomiast, gdy oczywiste jest, że wykonawca powinien przewidzieć konsekwencje umyślnego wprowadzenia w błąd zamawiającego podczas przedstawienia informacji, które były wymagane do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Ustalając zaistnienie rażącego niedbalstwa, należy ocenić możliwość przewidzenia przez wykonawcę skutków jego działania, uwzględniając doświadczenie wykonawcy i racjonalność podjętych decyzji, ogólny poziom intelektualny. W związku z tym chodzi o możliwość przewidywania skutków, jakich można oczekiwać i jakie są wymagane od przeciętnego wykonawcy w sprawach niewymagających dodatkowej wiedzy fachowej lub specjalizacji"

(21) Jednocześnie, „wymaga wskazania, że treść tego przepisu dotyczy bardzo poważnych deliktów związanych ze składaniem Zamawiającemu nieprawdziwych informacji". Wynika to z tego, że „podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp (obecnie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp) może być zastosowana wtedy, gdy wykonawca zamierza wprowadzić zamawiającego w błąd, a więc jego działanie cechuje wina umyślna, zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Zamiar bezpośredni występuje wtedy, gdy wykonawca chce wprowadzić zamawiającego w błąd, natomiast zamiar ewentualny wtedy, gdy nie chce, ale przewidując możliwość wprowadzenia w błąd, godzi się na to. Poza tym ta podstawa wykluczenia może być zastosowana także wtedy, gdy działanie wykonawcy charakteryzuje rażące niedbalstwo. Nie jest to już wina umyślna, lecz kwalifikowana postać winy nieumyślnej zakładająca, że osoba podejmująca określone działania powinna przewidzieć ich skutki. Od zwykłej winy nieumyślnej różni się tym, że przewidzenie było tak oczywiste, iż graniczy z celowym działaniem" .

(22) Natomiast, przepis art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp dotyczy lekkomyślności oraz niedbałości wykonawcy. Podstawa wykluczenia określona w tym przepisie „może być zastosowana wtedy, gdy działanie wykonawcy cechuje wina nieumyślna. Należy brać pod uwagę obydwie postaci winy nieumyślnej, czyli niedbalstwo i lekkomyślność. Z niedbalstwem mamy do czynienia wtedy, gdy podejmująca działania osoba nie przewiduje skutków swoich działań, chociaż powinna i mogła je przewidzieć. Natomiast lekkomyślność występuje wtedy, gdy dana osoba przewiduje skutki swoich działań, ale bezpodstawnie przypuszcza, że ich uniknie".

(23) Innymi słowy, „przy lekkomyślności dłużnik (wykonawca) zdaje sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie sądzi, iż uda mu się jednak tego uniknąć. Przy niedbalstwie natomiast dłużnik (wykonawca) nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że określone zachowanie prowadzić będzie do naruszenia przez niego zobowiązania".

(24) Także zatem w przypadku analizowanego przepisu, decydujące znaczenie ma

postawa wykonawcy - „przekonanie wykonawcy, choćby subiektywne, że oferowane przez niego urządzenie spełnia wymogi zamawiającego, nie może być uznawane za przedstawienie informacji wprowadzających w błąd - tym bardziej w sytuacji, kiedy spełnienie danych wymagań jest sporne".

(25) Możliwość zastosowania tego przepisu nie ma zatem charakteru automatycznego „Zamawiający, stosując przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp (obecnie art. 109 ust. 1 pkt 10), musi mieć pewność i musi wykazać, że wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd - Wyrok KIO z

19.12.2019 r. sygn. akt KIO 2510/19, LEX nr LEX nr 2809363.

(26) Wskazać należy, że oba powyższe przepisy, stanowiące podstawę wykluczenia mają

charakter ekstraordynaryjny i ich zastosowanie stanowi wyjątek, a nie zasadę.

(27) Przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp „stanowi sankcję dla nieuczciwych bądź niedbałych wykonawców. Celem tej regulacji jest zmuszanie wykonawców do zachowywania należytej staranności i uczciwego postępowania wobec zamawiającego pod rygorem wykluczenia z postępowania".

(28) Celem prawidłowego prowadzenia postępowania jest wybór najkorzystniejszej oferty - łącznie z uzupełnianiem i wyjaśnianiem dokumentów i oświadczeń wykonawcy (art. 126 Pzp) a nawet poprawianiem omyłek w treści oferty (art. 223 i 224 Pzp) - w tym także omyłek skutkujących niezgodnością treści oferty z treścią swz.

(29) Tym samym - samo ewentualne niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie może stanowić podstawy do wykluczenia wykonawcy, ponieważ zamawiający zobowiązany jest do zastosowania instytucji uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, zgodnie z art. 126 Pzp.

(30) Przesłanki wykluczenia określone w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp nie dotyczą wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale wykonawców nieuczciwych, którzy podejmują działania niezgodne z prawem w celu wymuszenia uzyskania zamówienia, bądź na takie wymuszenie się godzą.

(31) Podkreślić zatem należy, że „zarzut podania nieprawdziwych informacji wprowadzających zamawiającego w błąd należy odnosić do konkretnej sytuacji w postępowaniu, a nie tylko do przyjęcia założenia, że informacje, które nie znalazły potwierdzenia w wyniku badania i oceny oferty stanowią już nieprawdziwe informacje. Gdyby było tak, to ustawodawca nie rozdzielałby podstawy do wkluczenia wykonawcy z powodu niewykazania spełniania warunków udziału (art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp) od podstawy za złożenie nieprawdziwych informacji (art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp)" .

(32) Tym samym, „ratio legis tych uregulowań jest eliminacja z postępowań takich wykonawców, których działanie cechuje zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, a także wykonawców, którzy wprowadzają zamawiającego w błąd na skutek swojego lekkomyślnego lub niedbałego zachowania [.] Mając zaś na względzie, iż art. 24 ust. 1 pkt

16 i 17 ustawy Pzp (obecnie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp) to przepisy o charakterze

sankcyjnym, których konsekwencją jest wykluczenie wykonawcy z postępowania, nie jest dopuszczalna ich wykładnia rozszerzająca, a ich stosowanie winno mieć miejsce wyłącznie w sytuacjach, w których okoliczności stanu faktycznego wskazują w sposób bezsporny na istniejące po stronie wykonawcy zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo (pkt 16) albo na lekkomyślność lub niedbalstwo (pkt 17), którego skutkiem było wprowadzenie zamawiającego w błąd [.] ciężar wykazania zaistnienia wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp (obecnie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp),

spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia w tym przedmiocie wywodzi skutek prawny,

domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania" .

(33) Zamawiający wskazuje jednakże, że w niniejszej sprawie żadna z przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp nie miała miejsca - w szczególności, nie nastąpiło ani wprowadzenie Zamawiającego w błąd, ani przedstawienie informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, a Konsorcjum BPK postępowało z zachowaniem należytej staranności, w związku z czym absolutnie nie można mu zarzucić zamierzonego działania, rażącego niedbalstwa, ani też lekkomyślności lub niedbalstwa.

3. Tajemnica przedsiębiorstwa

(34) Odwołujący w drugim zarzucie sformułował zarzut zaniechania odtajnienia treści wyjaśnień Konsorcjum BPK z 2 oraz z 15 marca 2022 r. przedłożonych w toku postępowania. Jego zdaniem Konsorcjum BPK nie wykazało przesłanek dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

(35) Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Przede wszystkim konsorcjum BPK podało powody dla których dokonało stosownego zastrzeżenia.

Wykonawca wskazał: „Z uwagi na fakt, iż w celu złożenia w/w wyjaśnień, przedstawiliśmy

dane, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, prosimy o zastrzeżenie treści wyjaśnień udzielonych w związku z przedmiotowym postępowaniem przetargowym do wiadomości Zamawiającego.

Przedstawione w przedmiotowym piśmie dane mają charakter techniczny, technologiczny i organizacyjny przedsiębiorstwa, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności. W przedmiotowym piśmie jak i w załącznikach do niego Wykonawca zawarł szczegółową kalkulację ceny złożonej oferty, która obejmuje wszystkie elementy wymagane przez Zamawiającego określone w specyfikacji warunków zamówienia oraz wymaganiach wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów, regulacji i norm oraz uwzględnia poziom marżowości oraz zakładany poziom ryzyk. Opisany sposób kalkulacji oferty jak i poszczególne dane cenotwórcze oraz oferty handlowe stanowią istotną wartość gospodarczą Wykonawcy. Przedstawione w załącznikach oferty podwykonawców, są to oferty kontrahentów współpracujących z Wykonawcą przy okazji innych tematów i są wycenami indywidualnymi zastrzeżonymi wyłącznie dla konsorcjum. Stanowią one istotne dane handlowe i organizacyjne przedsiębiorstwa. Załączony Arkusz wyceny kontraktów do przetargu zawiera dane dotyczące m.in. wynagrodzeń osób wchodzących w skład danej branży zatrudnionych w konsorcjum, oraz liczby osób przewidzianych do realizacji w/w zamówienia, które są wartością gospodarczą Wykonawcy. Tego typu informacje nie są podawane do wiadomości publicznej, a żaden przedsiębiorca (konkurent) nie może dowiedzieć się o nich zwykłą drogą. Stanowią one również dane pracownicze, które zgodnie z przepisami powszechnie obowiązującymi są niejawne, a co do których Wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności zgodnie z treścią ustawy z dnia

10.05.2018 roku o Ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1000). Informacje

dotyczące ilości osób w poszczególnych branżach które będą zaangażowane w projekt czy też koszty jakie spółka ponosi w ramach swojej działalności są informacjami o charakterze handlowym i organizacyjnym oraz mającą istotne znaczenie gospodarcze dla Wykonawcy. Zapoznanie się przedstawionymi wyjaśnieniami stwarza możliwości powzięcia przez podmioty konkurencyjne informacji dotyczących strategii budowania ceny oferty jak i składników cenotwórczych, firm współpracujących z konsorcjum, kształtowania ich cen dla konsorcjum które stanowią „know-how" Wykonawcy i posiadają wartość handlową, gospodarczą i organizacyjną. Nie ulega zatem wątpliwości, że przedstawione wyjaśnienia spełniają wszelkie przesłanki aby uznać je za informację „poufną" zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Przedstawione przy niniejszym piśmie dane nie są i nie będą dostępne do wiadomości publicznej, a żaden przedsiębiorca (konkurent) nie może dowiedzieć się o nich zwykłą i dozwoloną drogą, ponieważ zostały one sporządzone na potrzeby wyjaśnienia ceny dla niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie zostały i nie zostaną podane, ani do publicznej, ani do branżowej (prasa fachowa) wiadomości. Wykonawca podjął wszelkie działania, aby spełniały one przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa. Na etapie tworzenia wyjaśnień, ich treść znana były wyłącznie wąskiej grupie osób, zatrudnionych w dziale ofertowania, a osoby te zostały zobowiązane do zachowaniu poufności. Nadto informacje dotyczące złożonych wyjaśnień są przechowywane na komputerach zabezpieczonych hasłami. Oświadczamy, że wobec informacji zawartych w ww. zastrzeżonych dokumentach podjęto działania niezbędne w celu zachowania ich poufności. Zastrzeżone informacje nie mogą dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń. Podjęte zostały bowiem odpowiednie działania organizacyjne i porządkowe w celu utrzymania ww. informacji w tajemnicy. Pracownicy Wykonawcy przygotowujący ofertę w przedmiotowym postępowaniu zostali poinformowani o ich poufnym charakterze.

(36) Ponadto, wykonawca BPK przedstawił wyjaśnienia w zakresie podjętych przez siebie czynności w celu zachowania poufności ww. informacji. Wykonawca wskazał: „Konsorcjum podjęło daleko idące starania mające na celu zachowanie zastrzeżonych informacji w tajemnicy, albowiem ograniczyła liczbę osób znających treść zastrzeżonych dokumentów do niezbędnego minimum, a osoby znające treść tych dokumentów zostały między innymi związane stosownymi umowami o zachowaniu poufności. Ponadto w każdej spółce wchodzącej w skład konsorcjum są wdrożone procedury mające na celu ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa. BPK Poznań jako Lider Konsorcjum oraz Partner Konsorcjum spółka Biuro Projektów Kolejowych i Usług Inwestycyjnych Sp. z o.o. podejmując działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeganych dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zapewniła wskazane poniżej środki techniczne oraz organizacyjne: KONTROLA DOSTĘPU 1. system kontroli dostępów do pomieszczeń (ograniczanie dostępu, ścieżka przejść, historia czytnika), 2. system monitoringu (telewizja przemysłowa), 3. system alarmowy 4. wszyscy użytkownicy komputerów pracują w środowisku domenowym Windows, 5. pełna identyfikacja i rozliczalność (unikatowe loginy, uwierzytelnianie na podstawie bezpiecznego hasła, historia logowań), 6. kontrola zainstalowanego oprogramowania,

RUCH W SIECI 1. zapory sieciowe, firewalle (filtrowanie ruchu), 2. system antywirusowy 3.

Serwer proxy (filtrowanie i monitorowanie ruchu), 4. transmisja do wewnętrznych systemów

jest szyfrowana (hasła są szyfrowane), 5. wdrożona zasada wiedzy niezbędnej - do zasobów mają dostęp tylko osoby które potrzebują ich wykonywania obowiązków służbowych.

BEZPIECZEŃSTWO KOMPUTERÓW Wszystkie serwery spółki są umieszczone w bezpiecznych pomieszczeniach.

BEZPIECZEŃSTWO APLIKACJI Uprawnienia użytkowników dobrane są na podstawie stanowiska użytkownika (dyrektorzy, kierownicy działów - dostęp administracyjny, pracownicy merytoryczni - uprawnienia ograniczone). Wszystkie komputery są objęte ochroną antywirusową.

DOSTĘP DO INTERNETU Tylko wyznaczeni pracownicy mają pełny dostęp do Internetu - wydzielenie dostępu jest realizowane poprzez zaporę sieciową. Pracownicy nie mogą za pośrednictwem Internetu naruszać lokalnych i międzynarodowych praw udostępniając lub pobierając naruszające te prawa treści. Każdy z pracowników odpowiada indywidualnie za czynności wykonywane w Internecie za pośrednictwem jego konta (loginu i hasła)".

(37) Wymienione powyżej dokumenty stanowią wykazanie, że BPK podejmuje, przy zachowaniu należytej staranności, działania mające na celu utrzymanie w poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego, co jest bezpodstawnie kwestionowane w treści odwołania.

(38) W konsekwencji nie sposób twierdzić, że - jak chce tego Odwołujący - nie przedstawiono Zamawiającemu wystarczającego uzasadnienia, które mogłoby stanowić podstawę do uznania określonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, wyjaśnienia zostały ograniczone do wyłącznie ogólnikowych twierdzeń, czy wreszcie, że wątpliwym jest skuteczne wykazanie, aby podejmowane były jakiekolwiek czynności mające zapewnić bezpieczeństwo informacjom objętym wyjaśnieniami.

(39) W odniesieniu do przytoczonych powyżej tez stawianych przez Odwołującego należy w pierwszeństwie zauważyć, że zgodnie z internetowym słownikiem języka polskiego mianem wykazania określa się uzewnętrznienie czegoś, ujawnienie istnienia czegoś, przedstawienie czegoś w sposób przekonujący, z kolei wykazać się oznacza udowodnić, że ma się określone kwalifikacje, umiejętności, cechy, czy okazać dokumenty potwierdzające coś (internetowy słownik języka polskiego dostępny pod adresem). Zdaniem zamawiającego - wbrew językowej intencji - pojęcia wykazania nie należy utożsamiać z pojęciem udowodnienia, gdyby bowiem tak było, to racjonalny ustawodawca ujednoliciłby zastosowaną w przepisach ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „Pzp", siatkę pojęć, podczas gdy zawarte w tym akcie normatywnym posługują się każdym z tych pojęć niezależnie od siebie. Przykładem może być przepis art. 85 ust. 2 Pzp, nakładający na zamawiającego obowiązek zapewnienia wykonawcy, przed jego ewentualnym wykluczeniem z postępowania, możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.

(40) W konsekwencji, w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej na gruncie przepisu art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „dPzp", prezentowany był aktualny także obecnie, tj. w świetle art. 18 ust. 3 Pzp, pogląd, zgodnie z którym wykazanie z art. 8 ust. 3 dPzp może przybrać postać oświadczenia wykonawcy o spełnianiu przez zastrzegane informacje przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, bez konieczności popierania go dowodami sensu stricto. Tytułem przykładu można wskazać na wyrok Izby z 7 kwietnia 2015 r., KIO 568/15, w którym

stwierdzono m.in., że Czasem wystarczy odwołanie się do pewnych zdarzeń i związanych z nimi okoliczności, np. odwołanie się do faktu zawarcia konkretnej umowy w oznaczonej dacie z danym podmiotem i odniesienie się do niektórych postanowień takiej umowy. Podobne wnioski można wysnuć również z uzasadnienia wyroku Izby z 12 czerwca 2017 r., KIO 1015/17, w którym skład orzekający stwierdził, że Zamawiający słusznie przyjął, że użyte w treści przepisu art. 8 ust. 3 Pzp pojęcie wykazał należy rozumieć, jako rzeczowo uzasadnił. Przy tym nie budzi wątpliwości fakt, że oświadczenie jest także środkiem dowodowym, za pomocą którego można wykazać określone okoliczności, jeśli zawiera rzetelną, logiczną i rzeczową argumentację, z powołaniem się na obiektywne fakty podlegające weryfikacji. Niewątpliwie oświadczenie wykonawcy stanowi jeden z podstawowych środków dowodowych, wykorzystywanych w procedurze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

(41) Za możliwością dowodzenia przesłanek z art. 11 ust. 2 Znk (tj. ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) w opisany powyżej sposób opowiedziano się również w wyroku z 22

listopada 2016 r., KIO 2121/16, wyjaśniając, że Ustawodawca pozostawił wykonawcom swobodę co do wyboru środka dowodowego. Adekwatność sposobu dowodzenia zależy od okoliczności danej sprawy, a w szczególności faktów, które podlegają wykazaniu. Nie można również wykluczyć, że w niektórych sytuacjach wystarczające będzie złożenie wyjaśnień własnych wykonawcy.

(42) Przenosząc powyższe zapatrywania na grunt przedmiotowej sprawy nie sposób nie zauważyć, że wykonawca BPK przedstawił i przekonująco uzasadnił powody, dla których chroni informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w Postępowaniu, natomiast odwołujący poza sformułowaniem ogólnych twierdzeń nie prezentuje konkretnych zarzutów w tym

zakresie.

(43) Zamawiający sygnalizuje w tym miejscu, że przedstawienie ogólnego uzasadnienia zarzutów odwołania powoduje, że ewentualne uzupełnienie prezentowanego w nim stanowiska będzie musiało zostać uznane za nieuprawnione precyzowanie zarzutów odwołania, a zatem objęte zakazem orzekania wynikającym z przepisu art. 555 Pzp.

(44) Trzeba mieć bowiem na względzie, że zarzut składa się nie tylko z podstawy prawnej (wskazania naruszonego, zdaniem wykonawcy wnoszącego odwołanie, przepisu prawa), ale również podstawy faktycznej, przez co należy rozumieć przytoczenie konkretnych okoliczności stanu faktycznego, które, zdaniem odwołującego, świadczą o naruszeniu wskazanego w ramach podstawy prawnej zarzutu przepisu prawa.

(45) W ślad za Izbą w wyroku z 13 marca 2020 r., KIO 431/20, zamawiający wskazuje, że „poza treścią samego odwołania wykonawca nie ma możliwości doprecyzowywania zawartych w nim zarzutów przez wskazywanie na właściwe im okoliczności faktyczne. Jeżeli zatem podnoszone przez odwołującego w toku rozprawy przed Izbą okoliczności nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich późniejsze wskazywanie nie może być, w świetle przepisu art. 192 ust. 7 dPzp, brane przez Krajową Izbę Odwoławczą pod uwagę, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy faktycznej zarzutu".

W związku z powyższym zamawiający, wnosi o oddalenie odwołania w całości.

Sygn. akt KIO 1198/22

Krajowa Izba Odwoławcza (Izba) ustaliła i zważyła

Odwołujący zaskarżył czynność zamawiającego wyboru najkorzystniejszej zarzucając

naruszenie:

Zarzut nr 1. art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP, art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP w zw. z art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 110 ust. 2 PZP oraz w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP, a także zw. z art. 16 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie: Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Biuro Projektów Kolejowych i Usług Inwestycyjnych Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej łącznie zwani „Konsorcjum BPK Poznań" lub „Konsorcjum BPK") pomimo, że wykonawca ten przedstawił zamawiającemu informacje nieprawdziwe odnoszące się do doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Koordynatora w branży mostowej, a mimo to zamawiający umożliwił temu wykonawcy zmianę wskazanej osoby bez przeprowadzenia przez wykonawcę procedury samooczyszczenia, podczas gdy zamawiający jednoznacznie stwierdził, że opis doświadczeń dla osoby pierwotnie wskazanej przez Konsorcjum BPK Poznań nie jest zgodny z posiadanymi przez niego informacjami, a zatem wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania, a mimo to zamawiający umożliwił temu wykonawcy, bez przeprowadzenia procedury samooczyszczenia, zastąpienie

informacji nieprawdziwych dla pierwotnie wskazanej osoby, informacjami prawdziwymi dla nowo wskazanego Koordynatora w branży mostowej i dokonał wyboru oferty złożonej przez tego wykonawcę jako najkorzystniejszej,

Zarzut nr 2. art. 18 ust. 1 i 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („UZNK") w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 17 ust. 3 PZP przez brak ujawnienia odwołującemu treści wyjaśnień Konsorcjum BPK Poznań z 2 marca 2022 r. oraz z 15 marca 2022 r. przedłożonych w toku postępowania, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał zaistnienia podstaw do uznania informacji zawartych w tych wyjaśnieniach jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie (i) wartości gospodarczej tych informacji, oraz (ii) podjętych środków w celu ochrony ich poufności, co potwierdził częściowo sam zamawiający w piśmie z 21 marca 2022 r. przyjmując jednak, że pomimo ogólnego charakteru samego uzasadnienia dla tajemnicy przedsiębiorstwa zastrzeganych informacji, załączone przez tego wykonawcę analizy oraz dokumenty zawierają konkretne dane i informacje o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa i w związku z tym zamawiający przyjął wbrew treści samego uzasadnienia zastrzeżenia tych informacji, że nie podlegają one ujawnieniu z uwagi nie tyle na treść uzasadnienia wykonawcy, co z uwagi na treść przedstawionych informacji, a zobowiązany był w takiej sytuacji te wyjaśnienia ujawnić.

W oparciu o przedstawione powyżej zarzuty odwołujący konsorcjum Multiconsult wniósł o:

a) merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,

b) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania oraz tych opisanych szczegółowo w treści odwołania, a także dowodów, które zostaną przedstawione na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą,

c) nakazanie Zamawiającemu:

i. w stosunku do zarzutu z punktu 1. - nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum BPK Poznań z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP,

ii. w stosunku do zarzutu z punktu 2. - nakazanie zamawiającemu ujawnienia treści wyjaśnień Konsorcjum BPK Poznań z 2 marca 2022 r. oraz z 15 marca 2022 r. przedłożonych w toku postępowania z uwagi na niewykazanie przez tego wykonawcę przesłanek do zastrzeżenia przedkładanych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa,

d) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Co do wymagań formalnych odwołania:

a) Termin na wniesienie odwołania - termin na wniesienie odwołania został zachowany, ponieważ zamawiający w dniu 22 kwietnia 2022 r. przekazał za pośrednictwem swojej platformy zakupowej informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. W związku zaś z faktem, że wartość przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem przekracza progi unijne, zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) PZP, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. W świetle powyższego, niniejsze odwołanie zostało wniesione w wymaganym przepisami PZP terminie, tj. do 2 maja 2022 r.

b) Wpis od odwołania - Odwołujący informuje, że zgodnie z dyspozycją art. 516 ust. 2 pkt 1 PZP wpis od niniejszego odwołania wynosi 15.000 złotych.

Dowód uiszczenia wpisu w tej wysokości został załączony do odwołania (Załącznik nr 7 do odwołania).

Izba, w związku z wniesionym odwołaniem, potwierdza brak przesłanek z art. 528 PZP

stanowiących o odrzuceniu odwołania

c) Interes odwołującego we wniesieniu odwołania - odwołujący jest uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania, ponieważ spełnione zostały przesłanki określone w art. 505 ust. 1 PZP. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jak podnosi w odwołaniu, w wyniku naruszenia przez zamawiającego powyżej wskazanych przepisów PZP interes odwołującego jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia doznaje uszczerbku. Uzasadnieniem dla powyższego pozostaje fakt, że oferta odwołującego znalazła się na drugim miejscu w rankingu ocenionych przez zamawiającego ofert. W związku ze zidentyfikowaniem przez odwołującego wadliwości w procesie badania oferty zwycięskiej (tj. oferty złożonej przez Konsorcjum BPK Poznań), odwołujący narażony jest na ryzyko poniesienia szkody w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia. W przypadku zaś uwzględnienia niniejszego odwołania oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, szanse odwołującego na uzyskanie zamówienia istotnie wzrosną, ponieważ wystąpi albo możliwość uzyskania zamówienia, dla którego prowadzone jest postępowanie (w przypadku uwzględnienia przez Izbę zarzutu z punktu 1. petitum) albo możliwość dalej posuniętych działań mających na celu doprowadzenie do wyboru jego oferty w postępowaniu i uzyskania zamówienia (w przypadku uwzględnienia przez Izbę zarzutu z punktu 2. petitum). W świetle powyższego należy uznać, że odwołujący jak najbardziej posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść realną szkodę wskutek zaskarżonej czynności zamawiającego.

Izba potwierdza prawidłowość wykazania przez odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia, a przez to prawa do wniesienia odwołania i jego merytorycznego rozpoznania w myśl art.530 PZP na rozprawie.

Izba w toku przeprowadzonego postępowania odwoławczego, w tym przeprowadzonych dowodów z dokumentacji zamawiającego oraz przedstawionych w pismach procesowych i na rozprawie, oddaliła odwołanie podzielając stanowiska co do faktów i prawa przez zamawiającego i przystępującego po jego stronie Konsorcjum BPK Poznań.

Zarzut nr 1. Odwołania - podania nieprawdziwych informacji przez Konsorcjum BPK

Poznań

Izba podziela argumentację zamawiającego co do faktów i prawa, prezentowaną w odpowiedzi na odwołanie i uznaje ją za własną, przywołując poniżej.

Zarzut sformułowany przez odwołującego podlega oddaleniu ze względu na dokonanie jego oceny merytorycznej. Uznać bowiem należy, że w całości jest niezasadny.

Odwołujący w konkluzji swojego stanowiska wskazał, że:

Elementem wspólnym dla wskazanych powyżej przepisów prawa pozostaje przekazanie zamawiającemu niezgodnej z rzeczywistością informacji. W zaistniałym stanie faktycznym tą informacją (prezentowaną przez Konsorcjum BPK Poznań konsekwentnie od 15 marca 2022 r.) było stwierdzenie, że Pan P. K. przygotował dokumentację projektową, która stanowiła podstawę do wydania decyzji o pozwoleniu na budowę, czego wymagała SWZ.

Zamawiający ocenił, że podane przez Konsorcjum BPK w wykazie osób informacje dotyczące doświadczenia P. P. K. są prawdziwe. Jednocześnie, zamawiający w wyniku dokonania interpretacji warunków udziału w postępowaniu uznał, że Konsorcjum BPK nie wykazało ich spełniania i w związku z tą oceną dokonał wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów.

Co do zasady wykonawca uważa, że jego zdaniem określona informacja (np. powyższa dokumentacja sporządzona przez P. K.) spełnia warunek udziału. Natomiast to zamawiający dokonuje oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu na podstawie informacji dotyczących faktów, które podaje wykonawca. W przeciwnym wypadku czynność badania i oceny ofert w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie miałaby znaczenia i sensu.

Zamawiający zasadnie stwierdził, że informacje wykonawcy wybranego są prawdziwe, a to potwierdziły dokumenty znajdujące się również w posiadaniu zamawiającego, dlatego zamawiający uznał zarzut odwołującego co do nieprawdziwych informacji za nieuprawniony. Zgodnie z treścią SWZ jednym z warunków udziału w postępowaniu było wymaganie zawarte w pkt 8.6.2 ppkt 2 IDW TOM I w zakresie Koordynatora w branży mostowej, tj.:

W okresie ostatnich dziesięciu [10] lat przed upływem terminu składania ofert opracował w charakterze projektanta w danej branży co najmniej jedną [1] dokumentację projektową (obejmującą projekt budowlany i/lub projekt wykonawczy) w zakresie budowy lub przebudowy mostu lub wiaduktu o rozpiętości najdłuższego przęsła min 25 m i długości obiektu (L) min. 75 m.

W oparciu o powyższą dokumentację projektową uzyskano ostateczną decyzję o pozwoleniu na budowę lub inną decyzję umożliwiającą realizację prac budowlanych (w szczególności ZRID i zgłoszenie robót).

Za jedną [1] dokumentację projektową uważa się dokumentację, na podstawie której pozyskano co najmniej jedną [1] decyzję o pozwoleniu na budowę lub inną decyzję umożliwiającą realizację prac budowlanych (w szczególności ZRID i zgłoszenie robót).

Z uzyskanych wyjaśnień Konsorcjum BPK (które zamawiający potwierdził w związku z dokonaną przez niego weryfikacją posiadanych dokumentów) wskazana w wykazie osób inwestycja została podzielona na kilka etapów inwestycyjnych, dla których wykonano i opracowano osobną dokumentację projektową.

Pan P. K. opracował w charakterze projektanta branży mostowej dokumentację projektową dla odcinka pn.: „LCS Białystok F1. Szlak Łapy - p.odg. Turczyn odc. A". Pan P. K. wykonał dokumentację projektową w branży mostowej obejmującą projekt budowlany i wykonawczy w zakresie budowy mostu kolejowego w km 155,988, o rozpiętości przęsła 96m i długości 193,5m w ramach ww. zadania inwestycyjnego. Nadto, w ostatecznym rozrachunku na podstawie dokumentacji projektowej dla wskazanego odcinka LCS Białystok F1. Szlak Łapy - p.odg. Turczyn odc. A uzyskano ostateczną decyzję pozwolenia na budowę.

Na podstawie uzyskanego materiału przez zamawiającego oraz wyjaśnień złożonych przez wykonawcę wybranego Pan P. K. zrealizował określony zakres prac dotyczący przedstawionej inwestycji w zakresie rozbiórki i budowy mostu kolejowego w km 155,988. W trakcie wykonywania prac nastąpiła zmiana projektanta i finalnie dokumentacja sygnowana nazwiskiem nowej osoby uzyskała pozwolenie na budowę. Tym samym obie osoby realizowały określony zakres prac każda w określonej części, ale co istotne następującej po sobie. Taki sposób pracy wynika z przyjętego przez wykonawcę oznaczenia, tj. wersja 02 i wersja 05 dokumentacji projektowej.

Powyższe oznacza, że wykonawca BPK, który realizował na rzecz zamawiającego PKP PLK SA umowę w zakresie opracowania określonej dokumentacji projektowej wykonywał ją w

pierwszej fazie przy pomocy określonej osoby, P. P. K. Następnie w wyniku określonych zdarzeń (np. rozwiązanie umowy o współpracę z P-em. P. Kwaczem) prace nad tą samą dokumentacją kontynuowane były przez kolejnego projektanta BPK. Co istotne kolejny projektant nie stworzył odrębnego dzieła (nie rozpoczął swoich prac od podstaw i nie rozpoczął od nowa prac projektowych), przeciwnie kontynuował swoje czynności na dokumentacji pierwszego projektanta (P-a P. K.).

Zamawiający na podstawie badania dokumentów ustalił, że w istocie całość prac w zakresie wykonania dokumentacji projektowej w branży mostowej obejmującą projekt budowlany i wykonawczy w zakresie budowy mostu kolejowego w km 155,988, o rozpiętości przęsła 96m i długości 193,5m w ramach ww. zadania inwestycyjnego została zrealizowana przez P-a P. K. Zespół Zamawiającego dokonał oceny zakresu dokumentacji w wersji 02 (opracowanej przez P-a P. K.) oraz w wersji 05 i różnica dotyczy wprowadzenia przez kolejnego projektanta zmian nieistotnych oraz kilku zmian merytorycznych (dowód na rozprawie - pisemne Oświadczenie E. J. - w sprawie wykonanego przez Zespół Zamawiającego zestawienia różnic pomiędzy wersją v.2.0 i v.5.0 Projektu Budowlanego w opracowaniu, którego brał udział Pan P. K.).

Powyższe oznacza, że słusznie wykonawca BPK mógł przyjąć, że skoro obie osoby wykonały jedno wspólne dzieło - dokumentację projektową, na podstawie której następnie uzyskano pozwolenie na budowę to okoliczność ta może potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Jednocześnie słusznie zamawiający w swoim stanowisku wskazał, że warunek udziału w postępowaniu nie precyzuje, że za projektanta uważa się osobę wskazaną z imienia i

nazwiska w dokumentacji stanowiącej podstawę uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę. Taką interpretację (bardzo rygorystyczną) przyjął zamawiający i na nią powoływał się odwołujący, podczas dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu i w związku z tym, podjął decyzję o wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

Oznacza to, że informacje wskazane przez BPK w wykazie osób (a dotyczące doświadczenia P-a P. K.) stanowią fakty, a więc wydarzenia które miały miejsce w rzeczywistości (faktyczne opracowanie dokumentacji projektowej dla rozbiórki i budowy mostu kolejowego w km 155,988).

Zagadnienia natury prawnej - wprowadzenie w błąd

Artykuł 109 ust. 1 pkt 8 PZP dotyczy wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o

udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Z kolej art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP dotyczy wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Powyższe przepisy obejmują cztery różne stany faktyczne: zamierzone działanie, rażące niedbalstwo, lekkomyślność oraz niedbalstwo.

Artykuł 109 ust. 1 pkt 8 PZP dotyczy zamierzonego działania oraz rażącego niedbalstwa wykonawcy.

Zamierzone działanie (czyli działanie umyślne) wykonawcy oznacza „sytuację, w której można mu przypisać świadomy zamiar nieprzestrzegania przepisów Prawa zamówień publicznych w celu uzyskania zamówienia. Działanie takie jest ukierunkowane na celowe wprowadzenie zamawiającego w błąd i polega na przedstawieniu informacji odbiegających od rzeczywistego stanu faktycznego” .

Rażące niedbalstwo „zachodzi natomiast, gdy oczywiste jest, że wykonawca powinien przewidzieć konsekwencje umyślnego wprowadzenia w błąd zamawiającego podczas przedstawienia informacji, które były wymagane do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Ustalając zaistnienie rażącego niedbalstwa, należy ocenić możliwość przewidzenia przez wykonawcę skutków jego działania, uwzględniając doświadczenie wykonawcy i racjonalność podjętych decyzji, ogólny poziom intelektualny. W związku z tym chodzi o możliwość przewidywania skutków, jakich można oczekiwać i jakie są wymagane od przeciętnego wykonawcy w sprawach niewymagających dodatkowej wiedzy fachowej lub specjalizacji”

Jednocześnie, „wymaga wskazania, że treść tego przepisu dotyczy bardzo poważnych deliktów związanych ze składaniem Zamawiającemu nieprawdziwych informacji”. Wynika to z tego, że „podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp (obecnie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp) może być zastosowana wtedy, gdy wykonawca zamierza wprowadzić zamawiającego w błąd, a więc jego działanie cechuje wina umyślna, zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Zamiar bezpośredni występuje wtedy, gdy wykonawca chce wprowadzić zamawiającego w błąd, natomiast zamiar ewentualny wtedy, gdy nie chce, ale przewidując możliwość wprowadzenia w błąd, godzi się na to. Poza tym ta podstawa wykluczenia może być zastosowana także wtedy, gdy działanie wykonawcy charakteryzuje rażące niedbalstwo. Nie jest to już wina umyślna, lecz kwalifikowana postać winy nieumyślnej zakładająca, że osoba podejmująca określone działania powinna przewidzieć ich skutki. Od zwykłej winy nieumyślnej różni się tym, że przewidzenie było tak oczywiste, iż graniczy z celowym działaniem”.

Natomiast, przepis art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp dotyczy lekkomyślności oraz niedbałości wykonawcy. Podstawa wykluczenia określona w tym przepisie „może być zastosowana wtedy, gdy działanie wykonawcy cechuje wina nieumyślna. Należy brać pod uwagę obydwie postaci winy nieumyślnej, czyli niedbalstwo i lekkomyślność. Z niedbalstwem mamy do czynienia wtedy, gdy podejmująca działania osoba nie przewiduje skutków swoich działań, chociaż powinna i mogła je przewidzieć. Natomiast lekkomyślność występuje wtedy, gdy dana osoba przewiduje skutki swoich działań, ale bezpodstawnie przypuszcza, że ich uniknie”.

Innymi słowy, „przy lekkomyślności dłużnik (wykonawca) zdaje sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie sądzi, iż uda mu się jednak tego uniknąć. Przy niedbalstwie natomiast dłużnik (wykonawca)

nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że określone zachowanie prowadzić będzie do naruszenia przez niego zobowiązania".

Także zatem w przypadku analizowanego przepisu, decydujące znaczenie ma postawa wykonawcy - „przekonanie wykonawcy, choćby subiektywne, że oferowane przez niego urządzenie spełnia wymogi zamawiającego, nie może być uznawane za przedstawienie informacji wprowadzających w błąd - tym bardziej w sytuacji, kiedy spełnienie danych wymagań jest sporne".

Możliwość zastosowania tego przepisu nie ma zatem charakteru automatycznego „Zamawiający, stosując przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp (obecnie art. 109 ust. 1 pkt 10), musi mieć pewność i musi wykazać, że wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd - Wyrok KIO z 19.12.2019 r. sygn. akt KIO 2510/19, LEX nr LEX nr 2809363.

Wskazać należy, że oba powyższe przepisy, stanowiące podstawę wykluczenia mają charakter ekstraordynaryjny i ich zastosowanie stanowi wyjątek, a nie zasadę.

Przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp „stanowi sankcję dla nieuczciwych bądź niedbałych wykonawców. Celem tej regulacji jest zmuszanie wykonawców do zachowywania należytej staranności i uczciwego postępowania wobec zamawiającego pod rygorem wykluczenia z postępowania".

Celem prawidłowego prowadzenia postępowania jest wybór najkorzystniejszej oferty - łącznie z uzupełnianiem i wyjaśnianiem dokumentów i oświadczeń wykonawcy (art. 126 Pzp) a nawet poprawianiem omyłek w treści oferty (art. 223 i 224 Pzp) - w tym także omyłek skutkujących niezgodnością treści oferty z treścią swz.

Tym samym - samo ewentualne niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie może stanowić podstawy do wykluczenia wykonawcy, ponieważ zamawiający zobowiązany jest do zastosowania instytucji uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, zgodnie z art. 126 Pzp.

Przesłanki wykluczenia określone w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp nie dotyczą wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale wykonawców nieuczciwych, którzy podejmują działania niezgodne z prawem w celu wymuszenia uzyskania zamówienia, bądź na takie wymuszenie się godzą.

Podkreślić zatem należy, że „zarzut podania nieprawdziwych informacji wprowadzających zamawiającego w błąd należy odnosić do konkretnej sytuacji w postępowaniu, a nie tylko do przyjęcia założenia, że informacje, które nie znalazły potwierdzenia w wyniku badania i oceny oferty stanowią już nieprawdziwe informacje. Gdyby było tak, to ustawodawca nie rozdzielałby podstawy do wkluczenia wykonawcy z powodu niewykazania spełniania warunków udziału (art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp) od podstawy za złożenie nieprawdziwych informacji (art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp)" .

Tym samym, „ratio legis tych uregulowań jest eliminacja z postępowań takich wykonawców, których działanie cechuje zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, a także wykonawców, którzy wprowadzają zamawiającego w błąd na skutek swojego lekkomyślnego lub niedbałego zachowania [...] Mając zaś na względzie, iż art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp (obecnie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp) to przepisy o charakterze sankcyjnym, których konsekwencją jest wykluczenie wykonawcy z postępowania, nie jest dopuszczalna ich wykładnia rozszerzająca, a ich stosowanie winno mieć miejsce wyłącznie w sytuacjach, w których okoliczności stanu faktycznego wskazują w sposób bezsporny na istniejące po stronie wykonawcy zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo (pkt 16) albo na lekkomyślność lub niedbalstwo (pkt 17), którego skutkiem było wprowadzenie zamawiającego w błąd [.] ciężar wykazania zaistnienia wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp (obecnie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp),

spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia w tym przedmiocie wywodzi skutek prawny,

domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania" .

Izba tym samym podziela stanowisko zamawiającego, że w niniejszej sprawie żadna z przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP nie miała miejsca - w szczególności, nie nastąpiło ani wprowadzenie zamawiającego w błąd, ani przedstawienie informacji wprowadzających zamawiającego w błąd, a Konsorcjum BPK postępowało z zachowaniem należytej staranności.

W związku z czym absolutnie nie można zarzucić zamierzonego działania, rażącego niedbalstwa, ani też lekkomyślności lub niedbalstwa, zwłaszcza w sytuacji, gdy dokumentacja projektowa sporządzana była na rzecz zamawiającego, po stronie którego

leży również zachowanie należytej staranności.

Ponadto zasługuje na uwzględnienie argumentacja przystępującego konsorcjum BPK Poznań co do odparcia zarzutu naruszenia art.110 ust.2 PZP przez zamawiającego i tak: „Zamawiający zweryfikował informacje przekazane przez Przystępującego i na podstawie własnych danych ustalił, że Pan P. K. brał udział w opracowywaniu dokumentacji na określonym jej etapie ale realizował dokumentację, która nie stanowiła załącznika do wniosku o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę zatem nie można twierdzić, że Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd, ponieważ decyzję o wezwaniu Przystępującego do uzupełnienia wykazu osób w trybie art. 128 ust 1 ustawy PZP, Zamawiający podjął na podstawie posiadanych przez siebie informacji (danych), po skonfrontowaniu ich z wyjaśnieniami Przystępującego.

Przystępujący, w dniu 15.04.2022 roku uzupełnił wykaz osób wskazując Pana M. Ż., do którego doświadczenia Zamawiający nie miał żadnych uwag, tym samym Przystępujący wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, a ponieważ jedynym kryterium wyboru była cena, a oferta wykonawcy który zaproponował najniższą cenę została odrzucona, Zamawiający w dniu 22.04.2022 roku dokonał wyboru oferty złożonej przez Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Nie sposób się zgodzić z twierdzeniem Odwołującego, iż Przystępujący w świetle powyższego winien dokonać zgodnie z art. 110 ust 2 ustawy PZP, procedury samooczyszczenia, aby uniknąć wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP. W tym miejscu należy podkreślić, iż w art. 109 ust 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP, mowa jest o informacjach wprowadzających Zamawiającego w błąd, a nie jak twierdzi Odwołujący informacjach „nieprawdziwych”, a jak wykazano powyżej Zamawiający nie został wprowadzony przez Przystępującego w błąd, ani nie poniósł żadnej szkody, którą Przystępujący musiałby naprawić. Nadto, Przystępujący pozostaje w przekonaniu, że Pan P. K. spełnia wymagania określone przez Zamawiającego dla koordynatora branży mostowej z uwagi na fakt, iż jest autorem projektu wykonawczego, przekonanie to jest uzasadnione treścią pkt 8.6.2 IDW Lp. 2 Tabeli, o czym była mowa powyżej (wyrok KIO z 5 lipca 2019 r., KIO 1151/19, wyrok KIO z 4 marca 2019 r., KIO 285/19). Skoro nie doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd, a czynnościom Przystępującego nie można przypisać umyślnego działania, rażącego niedbalstwa, niedbalstwa czy lekkomyślności w przedstawianiu informacji, że Przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu to w konsekwencji nie było i nadal nie ma podstaw do wdrożenia przez Przystępującego procedury samooczyszczenia, albowiem nie ziściła się żadna z przesłanek wskazanych w art. 109 ust 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP.

Istotne jest, iż Zamawiający w wezwaniach z dnia 28.03.2022 roku oraz z dnia 11.04.2022 roku nie uprzedził Przystępującego, iż rozważa jego wykluczenie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10. W ocenie Przystępującego Zamawiający słusznie i skutecznie wdrożył procedurę naprawczą z art. 128 ust 1 ustawy PZP (wyrok KIO z dnia 18 lutego 2022 r. w sprawie KIO 211/22).

Niezależnie od powyższych rozważań wskazać również należy, że jeśli Odwołujący stoi na stanowisku, że Przystępujący umyślnie wprowadził Zamawiającego w błąd przekazując nieprawdziwe informacje, skutkiem czego oferta Przystępującego została wybrana jako najkorzystniejsza bez przeprowadzenia procedury samooczyszczenia to powinien był te twierdzenia udowodnić.

W ocenie Przystępującego Odwołujący nie wykazał zasadności żadnego z powyżej przytoczonych twierdzeń, a odwołanie abstrahuje od rozkładu ciężaru dowodu. Nie można bowiem zapominać, że na gruncie art. 534 ust. 1 PZP Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne”.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdza, że odwołujący nie udowodnił naruszenia przepisów ustawy PZP objętych zarzutem nr 1 odwołania.

Zarzut nr 2. Odwołania. Tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba podziela argumentację zamawiającego co do faktów i prawa, prezentowaną w odpowiedzi na odwołanie i uznaje ją za własną, przywołując poniżej.

Odwołujący w drugim zarzucie sformułował zarzut zaniechania odtajnienia treści wyjaśnień Konsorcjum BPK z 2 marca 2022 r oraz z 15 marca 2022 r. przedłożonych w toku postępowania. Jego zdaniem Konsorcjum BPK nie wykazało przesłanek dla skutecznego

zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Konsorcjum BPK podało powody dla których dokonało zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w związku z wyjaśnieniami w sprawie ustalenia ceny.

Wykonawca wskazał: „Z uwagi na fakt, iż w celu złożenia w/w wyjaśnień, przedstawiliśmy dane, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, prosimy o zastrzeżenie treści wyjaśnień udzielonych w związku z przedmiotowym postępowaniem przetargowym do wiadomości Zamawiającego. Przedstawione w przedmiotowym piśmie dane mają charakter techniczny, technologiczny i organizacyjny przedsiębiorstwa, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności. W przedmiotowym piśmie jak i w załącznikach do niego Wykonawca zawarł szczegółową kalkulację ceny złożonej oferty, która obejmuje wszystkie elementy wymagane przez Zamawiającego określone w specyfikacji warunków zamówienia oraz wymaganiach wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów, regulacji i norm oraz uwzględnia poziom marżowości oraz zakładany poziom ryzyk. Opisany sposób kalkulacji oferty jak i poszczególne dane cenotwórcze oraz oferty handlowe stanowią istotną wartość gospodarczą Wykonawcy. Przedstawione w załącznikach oferty podwykonawców, są to oferty kontrahentów współpracujących z Wykonawcą przy okazji innych tematów i są wycenami indywidualnymi zastrzeżonymi wyłącznie dla konsorcjum. Stanowią one istotne dane handlowe i organizacyjne przedsiębiorstwa. Załączony Arkusz wyceny kontraktów do przetargu zawiera dane dotyczące m.in. wynagrodzeń osób wchodzących w skład danej branży zatrudnionych w konsorcjum, oraz liczby osób przewidzianych do realizacji w/w zamówienia, które są wartością gospodarczą Wykonawcy. Tego typu informacje nie są podawane do wiadomości publicznej, a żaden przedsiębiorca (konkurent) nie może dowiedzieć się o nich zwykłą drogą. Stanowią one również dane pracownicze, które zgodnie z przepisami powszechnie obowiązującymi są niejawne, a co do których Wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności zgodnie z treścią ustawy z dnia 10.05.2018 roku o Ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1000). Informacje dotyczące ilości osób w poszczególnych branżach które będą zaangażowane w projekt czy też koszty jakie spółka ponosi w ramach swojej działalności są informacjami o charakterze handlowym i organizacyjnym oraz mającą istotne znaczenie gospodarcze dla Wykonawcy. Zapoznanie się przedstawionymi wyjaśnieniami stwarza możliwości powzięcia przez podmioty konkurencyjne informacji dotyczących strategii budowania ceny oferty jak i składników cenotwórczych, firm współpracujących z konsorcjum, kształtowania ich cen dla konsorcjum które stanowią „know-how” Wykonawcy i posiadają wartość handlową, gospodarczą i organizacyjną. Nie ulega zatem wątpliwości, że przedstawione wyjaśnienia spełniają wszelkie przesłanki aby uznać je za informację „poufną” zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Przedstawione przy niniejszym piśmie dane nie są i nie będą dostępne do wiadomości publicznej, a żaden przedsiębiorca (konkurent) nie może dowiedzieć się o nich zwykłą i dozwoloną drogą, ponieważ zostały one sporządzone na potrzeby wyjaśnienia ceny dla niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie zostały i nie zostaną podane, ani do publicznej, ani do branżowej (prasa fachowa) wiadomości. Wykonawca podjął wszelkie działania, aby spełniały one przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa. Na etapie tworzenia wyjaśnień, ich treść znana były wyłącznie wąskiej grupie osób, zatrudnionych w dziale ofertowania, a osoby te zostały zobowiązane do zachowaniu poufności. Nadto informacje dotyczące złożonych wyjaśnień są przechowywane na komputerach zabezpieczonych hasłami. Oświadczamy, że wobec informacji zawartych w ww. zastrzeżonych dokumentach podjęto działania niezbędne w celu zachowania ich poufności. Zastrzeżone informacje nie mogą dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń. Podjęte zostały bowiem odpowiednie działania organizacyjne i porządkowe w celu utrzymania ww. informacji w tajemnicy. Pracownicy Wykonawcy przygotowujący ofertę w przedmiotowym postępowaniu zostali poinformowani o ich poufnym charakterze”.

Tak więc wykonawca konsorcjum BPK oprócz wyjaśnienia charakteru informacji, które są związane z ustaleniem ceny (jak powyżej), przedstawił wyjaśnienia w zakresie podjętych przez siebie czynności w celu zachowania poufności ww. informacji. Wykonawca wskazał: „Konsorcjum podjęło daleko idące starania mające na celu zachowanie zastrzeżonych informacji w tajemnicy, albowiem ograniczyła liczbę osób znających treść zastrzeżonych dokumentów do niezbędnego minimum, a osoby znające treść tych dokumentów zostały między innymi związane stosownymi umowami o zachowaniu poufności. Ponadto w każdej spółce wchodzącej w skład konsorcjum są wdrożone procedury mające na celu ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa (Oświadczenia o zachowaniu poufności informacji złożone przez członków Konsorcjum - załączone jako dowód przy piśmie przystępującego po stronie zamawiającego z dnia 19 maja 2022r.). BPK Poznań jako Lider Konsorcjum oraz Partner Konsorcjum spółka Biuro Projektów Kolejowych i Usług Inwestycyjnych Sp. z o.o. podejmując działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeganych dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zapewniła wskazane poniżej środki techniczne oraz organizacyjne:

KONTROLA DOSTĘPU 1. system kontroli dostępów do pomieszczeń (ograniczanie dostępu, ścieżka przejść, historia czytnika), 2. system monitoringu (telewizja przemysłowa), 3. system alarmowy 4. wszyscy użytkownicy komputerów pracują w środowisku domenowym Windows, 5. pełna identyfikacja i rozliczalność (unikatowe loginy, uwierzytelnianie na podstawie bezpiecznego hasła, historia logowań), 6. kontrola zainstalowanego oprogramowania,

RUCH W SIECI 1. zapory sieciowe, firewalle (filtrowanie ruchu), 2. system antywirusowy 3. Serwer proxy (filtrowanie i monitorowanie ruchu), 4. transmisja do wewnętrznych systemów jest szyfrowana (hasła są szyfrowane), 5. wdrożona zasada wiedzy niezbędnej - do zasobów mają dostęp tylko osoby które potrzebują ich wykonywania obowiązków służbowych.

BEZPIECZEŃSTWO KOMPUTERÓW Wszystkie serwery spółki są umieszczone w bezpiecznych pomieszczeniach.

BEZPIECZEŃSTWO APLIKACJI Uprawnienia użytkowników dobrane są na podstawie stanowiska użytkownika (dyrektorzy, kierownicy działów - dostęp administracyjny, pracownicy merytoryczni - uprawnienia ograniczone). Wszystkie komputery są objęte ochroną antywirusową.

DOSTĘP DO INTERNETU Tylko wyznaczeni pracownicy mają pełny dostęp do Internetu - wydzielenie dostępu jest realizowane poprzez zaporę sieciową. Pracownicy nie mogą za pośrednictwem Internetu naruszać lokalnych i międzynarodowych praw udostępniając lub pobierając naruszające te prawa treści. Każdy z pracowników odpowiada indywidualnie za czynności wykonywane w Internecie za pośrednictwem jego konta (loginu i hasła)".

Powyższe dokumenty stanowią wykazanie, że Konsorcjum BPK podejmuje, działania mające na celu utrzymanie w poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego.

W konsekwencji przedstawiono zamawiającemu uzasadnienie, które może stanowić podstawę do uznania określonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, wyjaśnienia zostały ograniczone do wyłącznie ogólnikowych twierdzeń, czy wreszcie, że wątpliwym jest skuteczne wykazanie, aby podejmowane były jakiekolwiek czynności mające zapewnić bezpieczeństwo informacjom objętym wyjaśnieniami.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej na gruncie przepisu art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „dPzp", prezentowany był aktualny także obecnie, tj. w świetle art. 18 ust. 3 Pzp, pogląd, zgodnie z którym wykazanie z art. 8 ust. 3 dPzp może przybrać postać oświadczenia wykonawcy o spełnianiu przez zastrzegane informacje przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, bez konieczności popierania go dowodami sensu stricto. Tytułem przykładu można wskazać na wyrok Izby z 7 kwietnia 2015 r., KIO 568/15, w którym stwierdzono m.in., że Czasem wystarczy odwołanie się do pewnych zdarzeń i związanych z nimi okoliczności, np. odwołanie się do faktu zawarcia konkretnej umowy w oznaczonej dacie z danym podmiotem i odniesienie się do niektórych postanowień takiej umowy. Podobne wnioski można wysnuć również z uzasadnienia wyroku Izby z 12 czerwca 2017 r., KIO 1015/17, w którym skład orzekający stwierdził, że Zamawiający słusznie przyjął, że użyte w treści przepisu art. 8 ust. 3 Pzp pojęcie wykazał należy rozumieć, jako rzeczowo uzasadnił. Przy tym nie budzi wątpliwości fakt, że oświadczenie jest także środkiem dowodowym, za pomocą którego można wykazać określone okoliczności, jeśli zawiera rzetelną, logiczną i rzeczową argumentację, z powołaniem się na obiektywne fakty podlegające weryfikacji. Niewątpliwie oświadczenie wykonawcy stanowi jeden z podstawowych środków dowodowych, wykorzystywanych w procedurze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Za możliwością dowodzenia przesłanek z art. 11 ust. 2 Znk (tj. ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) w opisany powyżej sposób opowiedziano się również w wyroku z 22 listopada 2016 r., KIO 2121/16, wyjaśniając, że Ustawodawca pozostawił wykonawcom swobodę co do wyboru środka dowodowego. Adekwatność sposobu dowodzenia zależy od okoliczności danej sprawy, a w szczególności faktów, które podlegają wykazaniu. Nie można również wykluczyć, że w niektórych sytuacjach wystarczające będzie złożenie wyjaśnień własnych wykonawcy.

Przenosząc powyższe zapatrywania na grunt przedmiotowej sprawy nie sposób nie zauważyć, że wykonawca Konsorcjum BPK przedstawił i przekonująco uzasadnił powody, dla których chroni informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w Postępowaniu, natomiast odwołujący poza sformułowaniem ogólnych twierdzeń nie prezentuje konkretnych zarzutów w tym zakresie.

Na uwagę również zasługuje stanowisko przystępującego konsorcjum BPK Poznań:

„Zarzut Odwołującego jest w całości niezasadny. Konsorcjum BPK wykazało dlaczego

przedłożone Zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej w Postępowaniu ceny nie mogą zostać ujawnione, zaś wyjaśnienia tego podmiotu zostały zasadnie uznane przez Zamawiającego za wystarczające i uzasadnione w okolicznościach sprawy.(...)

Zarzut braku wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji

Wbrew stanowisku Odwołującego Konsorcjum BPK wykazało wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji. Nie jest również uprawnione twierdzenie Odwołującego, że uzasadnienie przedstawione przez Konsorcjum miało ogólny charakter i pozostawało bez jakiegokolwiek związku z Postępowaniem. Konsorcjum BPK w złożonych wyjaśnieniach oraz załącznikach do wyjaśnień zawarło szczegółową kalkulację ceny złożonej oferty (w tym poszczególne dane cenotwórcze), która uwzględniała również poziom marżowości oraz zakładany poziom ryzyk. Do wyjaśnień dołączono oferty handlowe podwykonawców (współpracujących kontrahentów), które to oferty, z uwagi na współpracę podmiotów, były wycenami indywidualnymi zastrzeżonymi wyłącznie dla Konsorcjum BPK. Posiadały one znaczną wartość gospodarczą dla Konsorcjum BPK.

Zasadność twierdzeń Wykonawcy potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyrok KIO z dnia 14.05.2013 roku KIO 908/13 zgodnie z którym: „wyjaśnienia złożone przez wykonawcę mogą być uznane za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niską, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu . Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że informacje te powstają na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne więc mają wartość gospodarczą. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowią jego know-how, jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej.(.)

Szczegółowe kalkulacje kosztów i przyjęte przez wykonawców metodologię wyliczenia ceny stanowiąca w praktyce o konkurencyjności firmy na danym rynku i uznawane są za tajemnicę przedsiębiorstwa, co potwierdza szerokie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej . W wyroku KIO z dnia 8 czerwca 2018 roku KIO 1618/18 wprost wskazano, że zarówno sposób kalkulacji ceny, jak i poszczególne czynniki cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niska, mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa (...) wyliczenia, konkretne stawki oraz nazwy dostawców mogły być przedmiotem ochrony.(...) Jednocześnie za całkowicie bezpodstawny uznać trzeba zarzut Odwołującego, że wykazanie wartości gospodarczej miało charakter ogólny. Wykonawca przedstawiając wyjaśnienia, wiążąc je z załączonymi dokumentami w sposób szczegółowy wykazał pierwszą z przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 uznk. Jak wskazał sam zamawiający w piśmie z dnia 21 marca 2022 roku — załączone do wyjaśnień ceny szczegółowe analizy oraz dokumenty zawierają konkretne dane i informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. I właśnie te dane i informacje zostały zasadnie zaakceptowane do utajnienia przez zamawiającego.

Przedstawione przez przystępującego wyjaśnienia stanowią jego know-how, wobec czego są informacjami o charakterze organizacyjnym przedsiębiorstwa i posiadają dla Konsorcjum ogromną wartość gospodarczą.

Zarzut braku wykazania działań mających na celu zachowanie poufności zastrzeganych

informacji.

Odwołujący zarzuca Konsorcjum brak wykazania działań mających na celu zachowanie poufności zastrzeganych informacji, zaś argumenty przedstawione w wyjaśnieniach uznaje za abstrakcyjne. Z powyższym zarzutem nie można się zgodzić. Wykonawca w sposób szczegółowy przedstawił działania, które podejmuje a które są niezbędne w celu zachowania poufności. Wykonawca wskazał, że:

pracownicy przygotowujący ofertę czy wyjaśnienia oraz załączniki zostali zobowiązani do zachowania poufności;

(ii) ograniczono liczbę osób znających treść zastrzeżonych dokumentów do niezbędnego minimum;

(iii) w spółkach wdrożono procedury mające na celu ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa. Dodatkowo Wykonawca wskazał konkretne środki techniczne i organizacyjne podejmowane w celu zachowania poufności zastrzeganych danych.

Pomimo tego w ocenie odwołującego informacje zawarte w tym zakresie w wyjaśnieniach są

niewystarczające. W tym kontekście przywołać należy stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 27 stycznia 2022 roku KIO 22/22, zgodnie z którym: Obowiązek „wykazania", że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa polega przede wszystkim na przedstawieniu przez wykonawcę konkretnych okoliczności potwierdzających spełnienie wszystkich przesłanek wymaganych do uznania danych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Obowiązek „wykazania" obejmuje przedstawienie, stwierdzenie, pokazanie, dowiedzenie okoliczności, na potwierdzenie zaistnienia (spełniania) przesłanek, określonych w art. 11 ust. 2 ww. ustawy. Powyższe nie jest tożsame jednak z obowiązkiem „udokumentowania" każdego stwierdzenia lub oświadczenia wykonawcy zawartego w takim uzasadnieniu . Tym samym zarzut odwołującego uznać należy za niezasadny.

W ocenie Przystępującego przedstawione przez niego uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny oferty, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, miało charakter rzeczowy i wiarygodny. Przystępujący przedstawił obszerne uzasadnienie, odnoszące się do przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 uznk, a także opisał w uzasadnieniu procedury i środki stosowane w celu zachowania wybranych informacji w poufności, wskazując m.in. na stosowanie kontroli dostępu, szyfrowanie poczty czy stosowanie zapory sieciowej z zaporami firewall.

W związku z zarzutem Odwołującego Przystępujący załącza wzór zobowiązania do zachowania poufności stosowanego u członków konsorcjum — powyższy dowód wykazuje jednoznacznie, że ww. procedury faktycznie są przez Konsorcjum BPK stosowane.

W ocenie Przystępującego, nie można zgodzić się z Odwołującym, że w ramach „wykazania" że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawca jest zobowiązany m.in. przedłożyć zamawiającemu całą dokumentację potwierdzającą wdrożenie w przedsiębiorstwie systemu zabezpieczenia informacji. Wzór zobowiązania do zachowania poufności przedłożony przez przystępującego jest dowodem potwierdzającym, że taki system w przedsiębiorstwie obowiązuje (dowód: wzór oświadczenia o zobowiązaniu do zachowania poufności każdego z członków Konsorcjum BPK -załączony do pisma z dnia 19 maja 2022r. (.) Informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób.

Chociaż odwołujący nie formułuje zarzutu w zakresie tej przesłanki określonej w art. 11 ust 2 UZNK to Konsorcjum BPK podkreśla, że wykazane zostało w sposób należyty, że informacje co do których Konsorcjum wnosi o ich nieujawnianie nie zostały i nie zostaną upublicznione przez wykonawcę, w szczególności nie zostały zamieszczone na stronie internetowej żadnego z członków Konsorcjum BPK, prasie fachowej czy w jakimkolwiek innym miejscu. (.)

Tym samym spełnione ostały wszystkie trzy przesłanki określone w art. 11 ust. 2 UZNK. Ocena uzasadnienie tajemnicy dokonana przez zamawiającego.

Odwołujący z treści uzasadnienia pisma zamawiającego próbuje wyciągnąć zupełnie inne wnioski niż w rzeczywistości z tego pisma wynikają. Niezasadne jest twierdzenie odwołującego, że ogólny charakter przedstawionego przez Konsorcjum BPK uzasadnienia dla tajemnicy przedsiębiorstwa, pośrednio potwierdził sam zamawiający, w piśmie z dnia 21 marca 2022 roku. Wprawdzie zamawiający stwierdził, że opisane w uzasadnieniu środki w celu zachowania poufności mają charakter ogólny to jednak nie można tego rozpatrywać w oderwaniu od wyjaśnień i załączników dołączonych do wyjaśnień, które jak podkreślił zamawiający zawierają konkretne dane i informacje. Tym samym nie można zgodzić się z twierdzeniem odwołującego, że wadliwość uzasadnienia zidentyfikował sam zamawiający. Bowiem są to oddzielne akty staranności zamawiającego (art.11 ust.2 UZNK), które podważył odwołujący, to jest czy są to dobra chronione tajemnicą przedsiębiorstwa oraz czy są zabezpieczone przed dostępem osób niepowołanych.

Ciężar rozkładu obciążenia dowodowego (Onus probandi)

Abstrahując od powyższych rozważań wskazać również należy, że jeśli odwołujący stał na stanowisku, że informacje zastrzeżone przez wykonawcę wybranego nie mają wartości handlowej oraz wykonawca nie podjął działań w celu zachowania poufności zastrzeganych

informacji to powinien był to twierdzenie udowodnić, w myśl art.6 k.c. w związku z art. 8 ust.1

PZP.

Zdaniem wykonawcy Konsorcjum BPK, odwołujący nie wykazał zasadności żadnego z

powyżej przytoczonych twierdzeń, a odwołanie abstrahuje od rozkładu ciężaru dowodu. Jak wspomniano już powyżej na gruncie art. 534 ust. 1 PZP .

Tym samym odwołujący nie udowodnił również naruszenia przepisów ustawy PZP objętych zarzutem nr 2 odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba, na mocy art. 554 ust.1 pkt 1 PZP, oddaliła odwołanie w całości, nie stwierdzając naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, orzekając jak w sentencji wyroku (Sygn. akt KIO 1198/22).

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2021 r. poz.1129 wraz z późn. zm.) stosownie do jego wyniku oraz zgodnie z § 8 ust.2 zdanie pierwsze, nie zasądzając kosztów o których mowa w § 5 pkt 2 (z uwagi na brak wniosku kosztowego i rachunku zamawiającego) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000,00 złotych.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący.....

Członkowie .....