Sygn. akt: KIO 2276/15

WYROK
z dnia 2 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 października 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 października 2015 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Koltech Infra Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Katowicach przy ul. Wolnego 12, 40-857 Katowice (Lider),Torprojekt **Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy ul. Gniewkowskiej 1, 01-253 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie przy ul. Targowej 74, 03-734 Warszawa

przy udziale

wykonawcy **BBF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Poznaniu przy ul. Gen. Jana Henryka Dąbrowskiego, 60-451 Poznań zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Getinsa Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy ul. Nowogrodzkiej 31, 00-511 Warszawa, **Getinsa – Payma S.L.** z siedzibą w Madrycie, Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madrid zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

1 Uwzględnia odwołanie, nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 8 października 2015 r., powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym wezwanie Wykonawcy BBF Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w

---

zakresie wymaganego doświadczenia, a także nakazuje odtajnienie wykazu usług oraz oświadczenia Wykonawcy BBF Sp. z o.o. (z wyłączeniem informacji o wynagrodzeniu), a także korespondencji dotyczącej referencyjnej usługi. W pozostałym zakresie zarzutów nie uwzględnia.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie i

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Koltech Infra Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, Torprojekt Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Koltech Infra Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, Torprojekt Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę **18.600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy), tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie.**

Przewodniczący: ……

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., w trybie przetargu nieograniczonego na *opracowanie kompletnej dokumentacji przetargowej, niezbędnej dla przygotowania realizacji projektu POIiŚ 7.1-11.1 pod nazwą „Modernizacja Linii Kolejowej E 30, etap II Zabrze – Katowice – Kraków" Przetarg nr 2 „Modernizacja odcinka Trzebinia – Krzeszowice (km 29,110 – 46,700 linii nr 130)"* - nr postępowania: 6060/ICZ3/1/01958/15/P, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 08.07.2015 r., 2015/S 129-237978, wobec zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia dokumentów oraz czynności oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez BBF Sp. z o.o. i wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, w dniu 19 października 2015 r. zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia Koltech Infra Sp. z o.o. i Torprojekt Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 2276/15).
Informację o czynności stanowiącej podstawę odwołania Zamawiający przekazał Odwołującemu w dniu 9.10.2015 r. elektronicznie (zawiadomienie z dnia 08.10.2015 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej).
Do postępowania odwoławczego przystąpili w dniu 22 i 23 października 2015 r. po stronie Odwołującego konsorcjum Getinsa Polska Sp. z o.o. Getinsa –Payma S.L., a po stronie Zamawiającego wykonawca BBF Sp. z o.o.

Odwołujący wskazał jako naruszające przepisy ustawy czynności Zamawiającego (zaniechania) polegające na:

1. zaniechaniu odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez BBF Sp. z o.o. jako niejawnych „Wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa", „Wykazu usług wraz z oświadczeniem" oraz informacji zawartych w korespondencji Zamawiającego z Wykonawcą i pozostałej nieujawnionej części dokumentacji postępowania, pomimo, że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
2. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy BBF z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;
3. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy BBF z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy pomimo, iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania;

4. zaniechaniu wezwania BBF do złożenia wyjaśnień dotyczących „Wykazu wykonanych usług oraz dokumenty potwierdzające należyte ich wykonanie" na podstawie art. 26 ust. 4 Ustawy;
5. z ostrożności procesowej – jeżeli wykonawca BBF nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a jednocześnie nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy – zaniechaniu wezwania BBF do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu dokonanie niezgodnej z przepisami ustawy Pzp:

1. czynności wyboru oferty BBF jako najkorzystniejszej;
2. naruszenie art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z naruszeniem art. 8 ust. 1 , 2 i 3, w zw. z naruszeniem art. 96.ust. 3 zdanie drugie Ustawy, poprzez zaniechanie odtajnienia dokumentów zastrzeżonych przez BBF;
3. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania BBF, pomimo iż wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;
4. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania BBF pomimo, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające

lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
5. naruszenie art. 26 ust. 4 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania BBF do złożenia wyjaśnień w zakresie „Wykazu usług wraz z oświadczeniem”,
6. z ostrożności, naruszenie art. 26 ust. 3 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania BBF do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert, czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odtajnienie dokumentów, dokonanie ponownej oceny ofert, wykluczenie z postępowania BBF, odrzucenie oferty BBF, z ostrożności wezwanie BBF do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i dokonanie wyboru oferty Odwołującego.

Zarzut zaniechania odtajnienia części oferty BBF oraz części dokumentacji postępowania.

Odwołujący wskazał na wykładnię przesłanek do uznania, iż informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, wskazanych w art. 11 ust. 4 ustawy o zw.n.k. Wyłączającym

taką ocenę informacji jest możliwość ich uzyskania w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawnienia na podstawie odrębnych przepisów prawa. Informacja nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, iż nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. W końcu informacja chroniona nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

W ocenie Odwołującego informacje zawarte w zastrzeżonej części oferty oraz części dokumentacji postępowania nie realizują łącznie wszystkich przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05) Zamawiający powinien był odtajnić zastrzeżone informacje, a jej zaniechanie w tym zakresie doprowadziło do naruszenia zasady jawności postępowania, jak i zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Ustawy). Zdaniem Odwołujące w dokumencie „Wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa „ BBF w ogóle nie odniósł się do wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, pomijając ten element, albo nie wykazując w sposób należyty tej wartości. Na istnienie obowiązku w tym zakresie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12.01.2015 r., sygn. KIO 2784/14. Za informacje posiadające wartość gospodarczą dla danego wykonawcy można uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więc niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby danego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. Brak wykazania zasadności objęcia części informacji tajemnicą przedsiębiorstwa prowadzić powinno do uznania przez Zamawiającego bezskuteczności utajnienia części oferty oraz dokumentów z oceny próbki. Nie powinno być objęte tajemnica przedsiębiorstwa samo uzasadnienie, które nie ma żadnej wartości gospodarczej, jak również nie zawiera informacji handlowej, technologicznej, czy też organizacyjnej. Odnosi się ono zapewne do wykazania spełnienia przesłanek, poparte orzecznictwem KIO czy sądów powszechnych.

Z uwagi na narzucone przez Zamawiającego dane, jakie miały być wskazane w „Wykazie usług wraz z oświadczeniem”, stanowiące powtórzenie treści siwz w zakresie warunku udziału w postępowaniu, informacje dotyczące projektu referencyjnego nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Dane dotyczyć miały daty wykonania, którą nie można uznać za informację mającą wartość techniczną czy organizacyjną. Podobnie stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Warszawie w wyrok z dnia 3 listopada 2008 r., sygn. akt V Ca 2037/08 stwierdzając, iż *informacje dotyczące wartości zamówienia, jak i daty realizacji, wynikają pośrednio z warunku określonego przez zamawiającego. A jeżeli tak, to wykonawca nie mógł skutecznie zastrzec ich poufność, a z*

kolei zamawiający – obowiązany do stwierdzenia tegoż – nie mógł ich nie ujawniać. Stanowisko zbieżne z poglądem Sądu zajęła Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku o sygn. akt KIO/UZP 371/10. Ponadto Odwołujący wskazał, iż sam wykonawca BBF na własnej stronie internetowej, pod adresem http://www.bbf.pl/PL-H77/doświadczenie.html, opisuje szczegółowo wykonane przez siebie projekty, a także na kolejnej podstronie wskazuje na wykonane usługi w zakresie przygotowania dokumentacji przetargowej (dot. rewitalizacji linii kolejowej nr 16 na odcinku Łódź Widzew – Zgierz; modernizacji linii kolejowej E-59 odcinek Wrocław – Poznań; węzeł multimedialny przy Dworcu Łódź Fabryczna).

Odwołujący założył, iż w wykazie BBF wskazało usługę *Modernizacja linii kolejowej E-59 Odcinek Wrocław – Poznań, Etap II Lot B – projekty budowlane i wykonawcze, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, materiały przetargowe, studium wykonalności, wniosek o dofinansowanie.* Informacje dotyczące tej usługi zostały podane przez BBF do publicznej widomości, nie ma zatem podstaw do zastrzegania jawności informacji zawartych w ofercie. W ocenie Odwołującego informacje dotyczące wykonanej usługi są nieprawdziwe, gdyż usługa nie została w rzeczywistości wykonana w całości przez BBF i również z tej przyczyny nie zasługują na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa, jako czyn zabroniony.

Odwołującemu nie udostępniono części korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a BBF, w tym utajnionej w zakresie pkt 7 treści pisma Zamawiającego z dnia 10 września 2015 r. wezwania do wyjaśnień. Z jawnej części pisma wynika, że wezwanie dotyczy złożonego w miejsce poświadczenia (listu referencyjnego) oświadczenia własnego BBF. Samo zapytanie nie mogło zatem zawierać informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Bezprawne zachowanie Zamawiającego ogranicza Odwołującego w korzystaniu ze środków ochrony prawnej i stanowi przejaw naruszenia zasady jawności i równego traktowania wykonawców oraz narusza uczciwą konkurencję.

Z uwagi na zakres (wielkość referencyjnej usługi) wskazana w wykazie usługa musiała być wykonana na rzecz samego Zamawiającego, co oznacza, iż informacje dotyczące tej usługi realizowanej na podstawie jawnej umowy, zawartej w trybie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie mogą być utajnione. Odwołujący wskazał, iż referencyjna usługa wskazana przez BBF była wykonywana przez Systra w ramach umowy nr FS 2004/PL/16/C/PT/005/B/C z dnia 23.07.2008 r. W tych okolicznościach utajnienie części pisma z dnia 10.09.2015 r. (nieznanego adresata – przypuszczalnie Systra) i części odpowiedzi z dnia 14.09.2015 r. na to pismo nie było uzasadnione. Odwołujący zakłada, że sporządzający odpowiedź nie zastrzegł poufności informacji przekazanych Zamawiającemu, stąd nie było możliwe ustalenie woli objęcia danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący podważa w całości złożone przez BBF wyjaśnienia i uzupełnienia zawierały wyłącznie tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również aby zawierały uzasadnienie objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Ciężar wykazania zasadności zastrzeżenia poufności informacji spoczywał na BBF, który posiada pełną wiedzę co do zakresu informacji i ich wartości dla przedsiębiorcy. Odwołujący, któremu nie jest znana treść zastrzeżonych dokumentów nie może wskazać żadnych argumentów, czy też dowodów. Stąd powołuje się wyłącznie na ogólne zasady.

Zarzut zaniechania wykluczenia BBF z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Ustawy.

Odwołujący zarzut opiera na ustaleniu, iż referencyjną usługą jest opisana dla zadania *Modernizacja linii kolejowej E-59 Odcinek Wrocław – Poznań, Etap II Lot B – projekty budowlane i wykonawcze, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, materiały przetargowe, studium wykonalności, wniosek o dofinansowanie,* realizowanej na rzez Zamawiającego. Ponieważ usługa była realizowana samodzielnie (bez podwykonawców) przez Systra na podstawie zawartej w dniu 23 lipca 2008 r. umowy nr FS 2004/PL/16/C/PT/005/B/C 23, wykonawcą nie był BBF. Systra nie dokonała zgłoszenia Zamawiającemu co do zakresu podwykonawstwa (usługodawstwa), a tym samym BBF nie mógł wykonać przedmiotowej usługi, co byłoby niezgodne z prawem. Zamawiający nie mógł uznać, że usługa została wykonana należycie, gdyż w ten sposób sankcjonowałby naruszenie prawa przez Systrę i wyrażał zgodę na takie naruszenie prawa. Powyższe wskazuje, że BBF złożył nieprawdziwe informacje, które mają wpływ na wynik postępowania.

W ofercie BBF nie przewidziano korzystania z potencjału podmiotów trzecich, czy też jej wykonania z udziałem podwykonawców, a zatem zamierza wykazać się usługami wykonanymi samodzielnie. Jeżeli zatem zaistniały przesłanki do wezwania BBF do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy to uzupełnienie takie mogłoby obejmować tylko usługę własną, wykonywaną przez BBF. Nie było bowiem możliwe dokonanie zmiany oświadczeń złożonych w ofercie (tak KIO w wyroku z dnia 14.10.2014 r., sygn. akt KIO 2012/14).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 28.10.2015 r.), w której uwzględnił jedynie zarzut zaniechania wezwania Wykonawcy BBF Sp. z o.o. do złożenia, na podstawie art. 26 ust. 4 Ustawy, wyjaśnień dotyczących wykazu wykonanych usług oraz dokumentów potwierdzających należyte ich wykonanie. Zamawiający wskazał, iż po zapoznaniu się z uzasadnieniem odwołania oraz pisma procesowego Odwołującego z dnia 27.10.2015 r. (złożone do akt sprawy dopiero na rozprawie), uznał za zasadne unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowienie badania i oceny ofert.

Sygn. akt: KIO 2276/15 7

Zamawiający wskazał na zebrane przez siebie informacje, które czynią zasadnym co najmniej wezwanie BBF do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Ustawy dotyczących wykazu wykonanych usług oraz dokumentów potwierdzających należyte ich wykonanie, jak i zwrócenie się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego usługi były lub miały zostać wykonane o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio Zamawiającemu. Przed przeprowadzeniem tych czynności, jego zdaniem, nie zachodzą przesłanki do wykluczenia Wykonawcy BBF Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Ustawy.
Na rozprawie Zamawiający zmodyfikował stanowisko wyrażone w piśmie złożonym przed otwarciem rozprawy wskazując, iż nie uwzględnia żadnego z podniesionych zarzutów.

Stanowisko Izby

Izba na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron w dniu 29 października 2015 r. uznała, iż nie zachodzą przeszkody formalne uniemożliwiające rozpoznanie merytoryczne zarzutów i skierowała odwołanie na rozprawę, do udziału w której dopuszczeni zostali wykonawcy zgłaszający przystąpienia po stronie Zamawiającego – Wykonawca BBF Sp. z o.o. oraz po stronie Odwołującego – Konsorcjum Getinsa Polska Sp. z o.o. oraz Getinsa Payma S.L. (dalej jako Konsorcjum Getinsa), którzy w terminie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego. Izba nie uwzględniła opozycji Zamawiającego wobec przystąpienia do postępowania odwoławczego Konsorcjum Getinsa, opartą na stwierdzeniu braku interesu we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 185 ust. 2 Ustawy. Ponieważ oferta Konsorcjum Getinsa nie byłaby najkorzystniejszą w przypadku uwzględnienia zarzutów (wykonawca sklasyfikowany na trzeciej pozycji), a Wykonawca nie złożył samodzielnie odwołania, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego nie może prowadzić do uzyskania zamówienia. W tych okolicznościach Zamawiający uznał, iż zasadnym jest zgłoszenie opozycji na podstawie art. 185 ust. 4 Ustawy.
Zgodnie z art. 185 ust. 4 Ustawy Izba uwzględnia opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił, w przeciwnym razie Izba oddala opozycję. Ponieważ Zamawiający mylnie utożsamiał interes w uzyskaniu zamówienia, stanowiący przesłankę z art. 179 ust. 1 Ustawy do wniesienia odwołania, z interesem w uzyskaniu rozstrzygnięcia korzystnego dla strony do której Wykonawca zgłasza przystąpienie, Izba uznała, iż Zamawiający nie uprawdopodobnił ujemnej przesłanki do zgłoszenia przystąpienia wskazanej w art. 185 ust. 4 Ustawy. W tej sytuacji opozycja podlegała oddaleniu o czym postanowienie Izba zawarła w protokole rozprawy.

Sygn. akt: KIO 2276/15 8

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U

poz. 1232), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku skarżonych czynności Zamawiającego. Skutkiem zaskarżonych czynności było dokonanie oceny ofert, w wyniku której oferta Odwołującego uzyskała drugą lokatę, a ofertą najkorzystniejszą okazała się być oferta wykonawcy BBF Sp. z o.o. Odwołanie zmierza do uchylenia niekorzystnych dla niego czynności dokonanych z uchybieniem przepisów Ustawy, a tym samym odwołanie ma na celu ochronę interesu tego Wykonawcy w uzyskaniu zamówienia, poprzez powtórzenie oceny ofert niepodlegających odrzuceniu, co stworzy Odwołującemu realną szansę na uzyskanie zamówienia. Żądania Odwołującego zmierzają do wykluczenia z postępowania Wykonawcy BBF Sp. z o.o., co skutkowałoby tym, że ofertą najkorzystniejszą byłaby oferta Odwołującego.

W świetle powyższego należało uznać, iż spełnione zostały przesłanki określone w art. 179 ust. 1 Ustawy do merytorycznego rozpoznania odwołania.

Przy rozpoznaniu odwołania Izba miała na uwadze całokształt okoliczności ustalonych w sprawie przy rozstrzyganiu w przedmiocie podniesionych zarzutów, które to ustalenia znajdują się poniżej.

Zasadniczo zarzuty można podzielić na dwie grupy, pierwsza dotycząca naruszenia zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, związana z zaniechaniem odtajnienia treści oferty Wykonawcy BBF Sp. z o.o. w zakresie wykazu usług oraz oświadczenia BBF Sp. z o.o., a także korespondencji jaką prowadził Zamawiający w tym zakresie i druga dotycząca podstaw do wykluczenia BBF Sp. z o.o. z postępowania. Zachowując ten podział Izba zajęła stanowisko w oparciu o poczynione na podstawie dokumentacji postępowania, a także dowodów zebranych w sprawie ustalenia dotyczące referencyjnej usługi.

Zarzut dotyczący zaniechania udostępnienia (odtajnienia) wykazu wykonanych usług wraz z dalszą korespondencją dotyczącą usługi potwierdzającej spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Sygn. akt: KIO 2276/15 9

Wykonawca BBF Sp. z o.o. zastrzegł informacje wskazane przez niego w wykazie usług jako tajemnicę przedsiębiorstwa, wskazując między innymi na charakter stosunku cywilnoprawnego wynikającego z umowy o podwykonawstwo zawartej pomiędzy prywatnymi podmiotami, co do której obowiązujące przepisy prawa nie nakładają obowiązku jego ujawnienia do wiadomości publicznej. Ujawnienie treści umów podwykonawczych lub poszczególnych ich elementów może narazić wykonawcę na odpowiedzialność odszkodowawczą względem Generalnych Wykonawców. Tajemnicę przedsiębiorstwa o charakterze organizacyjnym i finansowym stanowi, w tym przypadku, przede wszystkim wysokość wynagrodzenia, za jakie Wykonawca realizuje usługi w zakresie podwykonawstwa. Ujawnienie tej informacji wpłynie znacząco na pogorszenie pozycji negocjacyjnej Wykonawcy w trakcie negocjowania umów o zbliżonym charakterze w przyszłości, ujawni politykę cenową i równoznaczne byłoby z ujawnieniem strategii współpracy gospodarczej z podmiotami niezobowiązanymi do stosowania ustawy. Na podstawie wskazanych w wykazie terminów realizacji poszczególnych zadań po porównaniu z terminami przewidzianymi dla zamówienia podstawowego, inni wykonawcy będą mogli określić jakim potencjałem organizacyjnym i produktywnością dysponuje Wykonawca. Biorąc pod uwagę, że podmiot, na rzecz którego wykonano usługę wskazaną w wykazie również traktuje umowę podwykonawczą jako tajemnicę przedsiębiorstwa, na Wykonawcy spoczywa obowiązek dochowania tej tajemnicy. Ujawnienie istotnych elementów zawieranych umów mogłoby podważać rynkową pozycję Wykonawcy, stawiając go w złym świetle w oczach ewentualnych obecnych i przyszłych partnerów, a zatem wpłynąć na zmniejszenie jego przychodów w przyszłości.

W wykazie sporządzonym na podstawie wzoru opracowanego przez Zamawiającego, Wykonawca BBF Sp. z o.o. opisał referencyjną usługę podając informację o jej zakresie, obejmujące nazwę stacji kolejowej, ilość torów w tym torów stacyjnych oraz ilość krawędzi peronowych, a także okresie realizacji i podmiocie na rzecz którego miały być realizowane

roboty. Do wykazu załączone zostało oświadczenie własne Wykonawcy BBF Sp. z o.o., w którym samodzielnie potwierdził, iż usługa była wykonana należycie a także określił przyczynę, dla której nie może uzyskać potwierdzenia od zlecającego mu wykonanie usługi.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przyjął argumentację prezentowaną przez Wykonawcę BBF Sp. z o.o. i ocenił informacje zawarte w wykazie usług jak i samym uzasadnieniu ich utajnienia, jako mające wartość gospodarczą. Uznając zasadność utajnienia informacji na temat kontraktu wykonywanego dla podmiotu niepublicznego w konsekwencji uznał za zasadne zastrzeżenie niejawności także całości korespondencji prowadzonej pomiędzy Wykonawcą i Zamawiającym i odnoszącej się do tego kontraktu. Dotyczy to również pisma skierowanego do spółki Systra SA Oddział w Łodzi, jako strony

umowy nr 2004/PL/16/C/PT/005/B/C (pismo z dnia 14.09.2015 r.) oraz udzielonej odpowiedzi (pismo z dnia 10.09.2015 r.)

Uwzględniając powyższe ustalenia Izba uznała, iż zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji dotyczących referencyjnej usługi wskazanej w wykazie usług nie było skuteczne, a tym samym Zamawiający uchybił zasadzie jawności postępowania wyrażonej w art. 8 Ustawy odmawiając udostępnienia informacji, które nie korzystają z prawnej ochrony.

Na wstępie należy poczynić ogólną uwagę, iż zastrzeganie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może mieć na celu wyłącznie utrudnienie innym wykonawcom weryfikacji czynności Zamawiającego w postępowaniu, a jedynym uzasadnieniem dla utrzymania klauzuli poufności dokumentów składanych w publicznym postępowaniu o udzielenie zamówienia jest wykazanie przez nanoszącego klauzulę, spełnienia przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ocena zasadności utrzymania klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa dokonywana przez Zamawiającego, obok oceny merytorycznej informacji, jest niezależna i opiera się na innych przesłankach, niż ocena treści dokumentów składanych w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Stwierdzenie, że informacje zawarte w wykazie i oświadczeniu, a także dalszej korespondencji nie spełniają przesłanek opisanych w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji skutkuje jedynie tym, że Zamawiający odtajnia treść wyjaśnień (zgodnie z uchwałą SN z 21.10.2005 r., sygn. akt III CZP 74/05), nie ma to natomiast wpływu na ewentualne stwierdzenie wystąpienia przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Przechodząc do oceny zasadności zastrzeżenia informacji dotyczących usługi wskazanej przez Wykonawcę BBF Sp. z o.o. na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu Izba uznała, iż uzasadnienie, jak i same informacje zawarte w wykazie nie zawierają w sobie żadnych konkretnych wrażliwych danych, których ujawnienie mogłoby godzić w pozycję rynkową Wykonawcy. Zdaniem Izby, ocena jakiej dokonał Zamawiający była oderwana tak od charakteru tych informacji, jak i samego uzasadnienia prezentowanego przez BBF Sp. z o.o. w przedmiocie zasadności uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Przy ocenie informacji nie można pominąć istotnej okoliczności dotyczącej umowy podstawowej, której stroną był sam Zamawiający – PKP PLK SA, stanowiącej źródło zobowiązania podwykonawcy wobec wykonawcy – spółki Systra. Faktycznie dane zawarte w wykazie dotyczyły świadczenia objętego umową z dnia 23.07.2008 r. o numerze 2004/PL/16/C/PT/005/B/C opisanego dla Lot C i nie dotyczyły samej relacji pomiędzy podwykonawcą, a wykonawcą. Zamawiający błędnie przyjął, iż podmiotem na rzecz którego

usługa była wykonywana była spółka Systra wskazana w wykazie jako podmiot na rzecz, którego miały być realizowane roboty. Faktycznie odbiorcą usługi – prac projektowych był sam Zamawiający (na co wskazują przedłożone na rozprawie kopie pierwszych stron projektów), który zlecił ich wykonanie wykonawcy wybranemu w wyniku jawnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego finansowanego z środków Unii Europejskiej – Funduszu Spójności, tj. spółce Systra. Wskazanie w wykazie na podmiot prywatny – spółkę Systra (co ujawnił Wykonawca BBF Sp. z o.o. już na rozprawie) w żaden

sposób nie zmieniało charakteru informacji dotyczących wyłącznie zakresu pracy, terminu realizacji, a nie relacji pomiędzy wykonawcą i podwykonawcą. W ocenie Izby, utajnienie wykazu miało na celu wyłącznie utrzymanie w poufności informacji o fakcie realizacji prac przez podwykonawcę, którego udziału Zamawiający w siwz, a następnie w umowie zawartej z wykonawcą nie dopuścił w referencyjnym zakresie (§ 15.1 umowy). Wykaz nie zawierał informacji o wynagrodzeniu ustalonym dla podwykonawcy (co znajdowało się w ostatnim akapicie oświadczenia BBF załączonego do wykazu), nie było zatem żadnej przeszkody do udostępnienia innym wykonawcom treści wykazu wraz z oświadczeniem BBF (z wyłączeniem informacji o wysokości wynagrodzenia). Analiza uzasadnienia utajnienia dokumentu nie pozwala na stwierdzenie, aby miało ono konkretny charakter i odnosiło się do informacji wskazanych w wykazie. Zawierało ono ogólne stwierdzenia, w części poparte orzecznictwem Izby i daleko idące tezy (o możliwości ujawnienia polityki cenowej, strategii, zasad organizacji, produktywności) nie mające przełożenia na zakres ujętych w wykazie danych. Również utajniona część korespondencji Zamawiającego ze spółką Systra nie odnosiła się do tajemnicy przedsiębiorstwa zasługującej na ochronę. Na taki charakter informacji nie wskazywała spółka przekazując dane dotyczące realizacji umowy o numerze 2004/PL/16/C/PT/005/B/C. Całkowicie bezzasadnym było stwierdzenie Przystępującego Wykonawcy BBF Sp. z o.o. o rozszerzeniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstw zawartego w ofercie na dodatkowe przekazane Zamawiającemu przez Systra informacje. Brak spójnego stanowiska stron umowy podwykonawczej co do konieczności ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa faktycznie zaprzecza zastrzeżeniu poufności tych informacji w ofercie (wykazie). Dodatkowo o dostępności informacji co do zakresu referencyjnej usługi świadczy również to, że Odwołujący nie miał problemów ze wskazaniem umowy, na podstawie której była ona realizowana, na co pozwalały dostępne publicznie dane o realizowanych prze PKP PLK SA inwestycji.

W świetle powyższego, należało uznać, iż dokumenty złożone w postępowaniu na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia nie zawierały informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zw.n.k.

Sygn. akt: KIO 2276/15 12

Zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy BBF Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Ustawy.

Odwołujący obie podstawy do wykluczenia Wykonawcy BBF Sp. z o.o. z postępowania wywodził z utajnionej treści *wykazu głównych usług,* przyjmując, iż referencyjną usługą jest ta, jaką realizowała spółka Systra na podstawie umowy zawartej z Zamawiającym w dniu 23.07.2008 r., o numerze nr 2004/PL/16/C/PT/005/B/C. Zasadniczo Odwołujący skupił się na wykazaniu, iż nie jest możliwym uznanie jako należycie wykonanych przez BBF Sp. z o.o. prac projektowych, zleconych w umowie podwykonawczej przez Systra z naruszeniem klauzuli umownej, wyłączającej realizację tych prac przez podwykonawcę (§ 15 ust. 1 umowy). Dodatkowo Odwołujący podnosił, iż termin wykonania prac projektowych dla stacji Czempiń był wcześniejszy niż 3 lata przed wszczęciem przedmiotowego postępowania.

Zamawiający w IDW, pkt 8.4.1 wymagał od wykonawcy wykazania się niezbędną wiedzą i doświadczeniem, tj. *wykonania w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie), jednej usługi polegającej na opracowaniu dokumentacji przetargowej (obejmującej opracowanie projektu budowlanego i projektu wykonawczego uwzględniających standardy AGC i AGTC) dla budowy lub modernizacji lub przebudowy zelektryfikowanej linii kolejowej, obejmującej swym zakresem łącznie co najmniej 2 szalki oraz 1 stację kolejową posiadającą minimum 2 tory zasadnicze i minimum 5 torów stacyjnych, oraz minimum 4 krawędzie peronowe.* Ocena spełnienia warunku dokonana miała być na podstawie wykazu wykonanych głównych usług oraz dowodów, że usługi zostały wykonane należycie, którymi mogły być poświadczenia lub oświadczenia wykonawcy, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia. Zgodnie z uwagą, *w przypadku gdy Zamawiający jest podmiotem, na rzecz którego usługi wskazane w wykazie zostały wcześniej wykonane, Wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów, o których mowa powyżej.*

W wykazie wykonanych usług wykonawca BBF Sp. z o.o. wskazał jedną usługę

opisaną w kolumnie nr 2 *Przygotowanie dokumentacji projektowej, dokumentacji przetargowej oraz wniosku o dofinansowanie robót budowlanych z Funduszu Spójności w ramach projektu modernizacji linii kolejowej E 59 na odcinku granica województwa dolnośląskiego – Poznań od km 59,694 do km 163,400, Lotu C – na obszarze lokalnego centrum sterowania (LCS) z siedzibą w Poznaniu, tj. linii kolejowej nr 271 Wrocław–Poznań od km 132,000 do km 163,400 oraz wniosków o dofinansowanie tych robót z Funduszu Spójności.* Dokumentacja przetargowa wykonana w związku z realizacją usługi, o której mowa w kolumnie 2, obejmowała opracowanie projektu budowlanego i projektu

wykonawczego uwzględniających standardy AGC i AGTC dla *przebudowy i modernizacji zelektryfikowanej linii kolejowej.* Usługa obejmowała 3 szlaki, między innymi stację kolejową Czempiń, która posiadała 2 tory, 5 torów stacyjnych i 4 krawędzie peronowe i realizowana była w okresie od 08.2008 do 12.2013 r. Podmiotem na rzecz, którego miały być realizowane roboty, wskazana została spółka Systra S.A. Do wykazu nie załączono referencji, a w ich miejsce Wykonawca BBF Sp. z o.o. przedłożył oświadczenie o braku możliwości pozyskania poświadczenia od podmiotu, z którym konkuruje na rynku usług związanych z inwestycjami transportowymi, a ponadto po reorganizacji spółki koordynującej realizację umowy nie ma osób, które miały informacje odnośnie realizacji usługi przez BBF Sp. z o.o. W związku z tymi okolicznościami, BBF Sp. z o.o. samodzielnie potwierdziło, że usługa była wykonana terminowo i z należytą starannością w okresie ujętym w wykazie za kwotę wyrażoną kwotą euro (wskazaną w oświadczeniu).

Zamawiający pismem z dnia 10.09.2015 r. wezwał Wykonawcę BBF Sp. z o.o. do uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy poprzez wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.4.1 IDW w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający wskazał, iż z załączonego wykazu nie wynika, że dokumentacja projektowa, na której wykonanie powołuje się Wykonawca obejmowała opracowanie projektu budowlanego i projektu wykonawczego uwzględniających standardy AGC i AGTC, co nie pozwala na stwierdzenie, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca BBF Sp. z o.o. potwierdził, iż usługa obejmowała *opracowanie projektu budowlanego i projektu wykonawczego uwzględniający standardy AGC i AGTC* i o to oświadczenie uzupełnił opis z kolumny nr 2. W pozostałym zakresie *Wykaz* oraz oświadczenie BBF nie uległy zmianie (uzupełnieniu).

Na podstawie przedłożonej przez BBF Sp. z o.o. umowy podwykonawczej ustalono, iż przedmiotem zlecenia objęto opracowanie i wykonanie dokumentacji projektowej i dokumentacji przetargowej dla opisanej w wykazie usługi zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia sporządzonym przez PKP PLK S.A. (Inwestora).

Zamawiający pismem z dnia 10.09.2015 r. zwrócił się do spółki Systra S.A. Oddział w Polsce o udzielenie informacji, czy BBF Sp. z o.o. była podwykonawcą w postępowaniu i wykonała na rzecz Systra S.A. usługę wskazaną w wykazie. W przypadku potwierdzenia tej okoliczności Zamawiający oczekiwał podania przedmiotu wykonanej usługi, w tym czy polegała ona na *opracowaniu dokumentacji przetargowej (obejmującej opracowanie projektu budowlanego i projektu wykonawczego uwzględniających standardy AGC i AGTC) dla budowy lub modernizacji lub przebudowy zelektryfikowanej linii kolejowej, obejmującej swym*

zakresem łącznie co najmniej 2 szlaki oraz 1 stację kolejową posiadającą minimum 2 tory zasadnicze i minimum 5 torów stacyjnych, oraz minimum 4 krawędzie peronowe.

Jednocześnie Zamawiający prosił o wskazanie daty rozpoczęcia i zakończenia usługi oraz potwierdzenia, że zostały one wykonane należycie. Pytanie Zamawiającego dotyczyło realizacji umowy nr 2004/PL/16/C/PT/005/B/C na wykonanie dokumentacji projektowej, dokumentacji przetargowej oraz wniosku o dofinansowanie robót budowlanych z Funduszu Spójności w ramach projektu modernizacji linii kolejowej E59 na odcinku granica województwa dolnośląskiego – Poznań od km 59,693 do km 163,400, zawartej 23.07.2008 r. pomiędzy PKP PLK S.A., a Systra z siedzibą w Paryżu.

W odpowiedzi Systra S.A. Oddział w Polsce potwierdziła, że spółka BBF Sp. z o.o. była

podwykonawcą przy postępowaniu i należycie wykonała dokumentację przetargową obejmującą elementy wskazane w zapytaniu, a także, że usługa realizowana była w terminie od sierpnia 2008 r. do grudnia 2013 r.
Odwołujący przedłożył na rozprawie odpowiedź, jaką udzielił Zamawiając PKP PLK S.A. na wniosek o udostępnienie informacji publicznej, w której wskazał między innymi, że nie posiada oświadczenia wykonawcy umowy nr 2004/PL/16/C/PT/005/B/C w zakresie realizowania jej przedmiotu za pośrednictwem podwykonawców lub usługodawców. Z informacji jakie Zamawiający uzyskał od strony umowy – spółki Systra S.A. wynika, że BBF Sp. z o.o. realizowała pace projektowe na stacji Rawicz w zakresie: drogi, elektroenergetyka kolizje, zewnętrzne sieci i instalacje, podstacje i linie zasilające (pismo z dnia 23.10.2015 r.). Zamawiający przekazał zanonimizowaną kopię umowy z dnia 23.07.2008 r., która dotyczyła Lotu B i Lotu C.
Jedna z podstaw do rozwiązania umowy przez Zamawiającego ze skutkiem natychmiastowym (ex nunc) wskazana w § 10 ust. 3 umowy dotyczy wykonania prac niezgodnie z umową. W § 15 ust. 1 umowy Zamawiający zastrzegł możliwość powierzenia wykonania części przedmiotu umowy podwykonawcom z wyłączeniem projektów architektoniczno – budowlanych wymienionych w pkt 6.2 ppkt 4a załącznika nr 1 do Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ). Powierzenie wykonania nie wyłączonej od podwykonawstwa części przedmiotu umowy mogło nastąpić jedynie po uprzednim uzyskaniu zgody Zamawiającego (ust. 2).
Wskazane w pkt 6.2 ppkt 4a OPZ projekty architektoniczno-budowlane dotyczą układu torowego w planie i profilu z podtorzem (w tym wszystkie przepusty dla wszelkich robót kablowych) i robotami okołotorowymi i odwodnieniem.
Zgodnie z OPZ dla wykonania dokumentacji projektowej, przetargowej oraz wniosku o dofinansowanie robót budowlanych w ramach modernizacji linii kolejowej 59 na odcinku granica województwa dolnośląskiego – Poznań od km 59,693 do km 163,400 Lot C zakres

prac obejmował kompleksową modernizację stacji i szlaków na odcinku Czempiń – Poznań Główny: pięć stacji - Czempiń od km 132,000, Mosina, Puszczykowo, Luboń, Poznań Główny do km 163,400 oraz 4 szklaki – Czempiń – Mosina, Mosina-Puszczykowo, Puszczykowo – Luboń k/Poznania, Luboń k/Poznania – Poznań Główny. Zgodnie z § 3 ust. 2 Umowy termin wykonania całości przedmiotu zamówienia dla Lotu C wynosił 11,5 miesiąca od dnia podpisania Umowy przez obie strony.

Uwzględniając powyższe ustalenia Izba uznała, iż Zamawiający dowolnie, z pominięciem znanych mu okoliczności dotyczących warunków wykonania umowy z dnia 23.07.2008 r. przyjął, iż usługa referencyjna została wykonana należycie, co oznaczało, iż ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu została dokonana z pominięciem trybu z art. 26 ust. 3 Ustawy.

Odwołujący nie kwestionował zakresu prac realizowanych na podstawie umowy zawartej pomiędzy PKP PLK SA i Systra w dniu 23.07.2008 r., przyznając wprost w piśmie procesowym z dnia 27.10.2015 r. (złożone do akt sprawy w dniu 28.10.2015 r.), iż projekty architektoniczno-budowlane dla stacji kolejowej Czempiń, Rawicz oraz Leszno spełniają kryteria narzucone przez Zamawiającego w pkt 8.4.1 IDW, tzn. posiadają minimum 2 tory zasadnicze i minimum 5 torów stacyjnych oraz minimum 4 krawędzie peronowe. Ponieważ, jako jednostka projektowa wskazana w dokumentacji projektowej występuje Systra S.A., Odwołujący ocenił jako niedopuszczalne przypisanie sobie przez BBF Sp. z o.o. autorstwa dokumentacji projektowej. Dodatkowo sprzeciwiał się uznaniu, jako prawidłowo wykonanych prac projektowych realizowanych przez BBF Sp. z o.o., przy wyłączeniu w umowie podstawowej (zawartej pomiędzy Inwestorem, a Systra) możliwości podwykonawstwa w zakresie projektowania układów torowych w planie i profilu z podtorzem (…) oraz robót około torowych z odwodnieniem. Ponadto Odwołujący wskazał na niespełnienie wymagania dotyczącego terminu wykonania prac projektowych dla stacji Czempiń nie wcześniej niż 3 lata przed wszczęciem przedmiotowego postępowania, co wynika z daty złożenia wniosku o pozwolenie na budowę dla tej stacji – 08.03.2012 r.

W pierwszej kolejności Izba uznała, iż dokumentacja projektowa wykonana przez BBF Sp. z o.o. faktycznie zrealizowana została na rzecz Zamawiającego, co w kontekście uwagi zawartej w pkt 8.4.1 IDW oznaczało, iż ocena jej należytej realizacji pozostawiona

została Zamawiającemu i nie wymagała przedłożenia przez wykonawcę poświadczeń (dowodów). W związku z powyższym Izba oparła się na ustalonych w toku postępowania okolicznościach, które Zamawiający powinien był uwzględnić przy ocenie usługi, dotyczących warunków kontraktowych, jakie wiązały strony umowy z dnia 23.07.2008 r. Przy bezspornej treści umowy podstawowej wynikającej z klauzuli z § 15 ust. 1, Izba nie miała wątpliwości, iż wykonanie dokumentacji projektowej zleconej podwykonawcy BBF Sp. z o.o.

stanowiło naruszenie istotnych warunków wykonania zamówienia. O należytym wykonaniu zamówienia nie decyduje samo osiągnięcie celu zamówienia, ale również realizacja tego zamówienia przy zachowaniu wszystkich istotnych postanowień umowy. Za istotny niewątpliwe uznany być musi element kontraktu określający stronę zobowiązaną do świadczenia niepieniężnego. Skoro zamawiający wykluczył udział podwykonawcy przy wykonywaniu tej części zamówienia (istotnej z punktu widzenia warunku udziału w niniejszym postępowaniu), to spełnienie świadczenia przez podwykonawcę stanowi istotne uchybienie warunkom wykonania umowy. W ocenie Izby, nie ma znaczenia dla oceny wykonania usługi, jako niezgodnej z umową podstawową, ewentualne ustalenie, czy umowa o podwykonawstwo została wykonana w sposób prawidłowy. Odnoszenie się do relacji wykonawcy i podwykonawcy z pominięciem zasad na jakich usługa miała być wykonywana przez wykonawcę, wypaczałoby ocenę sposobu wykonania usługi. Mogłoby to prowadzić do sytuacji, w której podwykonawca legitymowałby się należytym wykonaniem zamówienia, chociaż podzlecający jego wykonanie takiej możliwości by już nie miał (przy odmiennej ocenie sposobu wykonania zamówienia podstawowego przez zamawiającego). Faktycznie to Zamawiający jako podmiot, na którego rzecz dokumentacja była przygotowywana może ocenić, czy została ona wykonana należycie przy uwzględnieniu istotnych warunków umowy, bez której przedmiotowa usługa w ogóle nie byłaby wykonywana. Skoro oceniane miało być doświadczenie w opracowaniu dokumentacji przetargowej (projektu budowlanego i projektu wykonawczego) dla budowy lub modernizacji linii kolejowej, oznacza to, że dokumentacja ta miała być wykorzystana w celu wyłonienia wykonawcy robót budowlanych. Samo jej opracowanie nie stanowi jeszcze o spełnieniu warunku, skoro Zamawiający wymagał, aby na jej podstawie wykonano roboty obejmujące zakres opisany w dalszej treści warunku. Na taki kierunek badania wskazuje pośrednio treść wzoru z załącznika nr 5 do IDW (wzór *głównych usług),* w którym Zamawiający wymagał wskazania podmiotu na rzecz którego roboty objęte sporządzoną dokumentacją projektową były realizowane. W wykazie BBF Sp. z o.o. błędnie określiło ten podmiot wskazując na spółkę Systra, a nie PKP PLK SA, co stworzyło mylne wrażenie, iż to Systra była inwestorem i jako inwestor uprawniona mogła być do wystawienia poświadczenia. Dodatkowo Odwołujący słusznie zauważył, iż zgodnie z umową podstawową termin na wykonanie dokumentacji projektowej dla Lotu C upływał wcześniej niż trzy lata przed wszczęciem niniejszego postępowania i wynosił 11,5 miesiąca od zawarcia umowy, co miało miejsce 23.07.2008 r. Przystępujący na rozprawie BBF Sp. z o.o. w żaden sposób nie odniósł się do tej okoliczności i oświadczenia zawartego w wykazie o zakończeniu świadczenia usługi w grudniu 2013 r. Ponieważ w wykazie opisano usługę z punktu widzenia stosunku podwykonawstwa, nie można wykluczyć, iż nastąpiły jakieś zdarzenia, co do których Izba nie ma wiedzy, pozwalające na wskazanie dłuższego terminu realizacji umowy podwykonawczej. Nie ma to jednak znaczenia dla oceny, czy usługa została wykonana

należycie z punktu widzenia umowy podstawowej, a która to ocena ma zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia. Należy szczególnie podkreślić, iż ciężar tej oceny spoczywał przede wszystkim na Zamawiającym, na którego rzecz usługa była wykonana w ramach umowy zawartej w dniu 23.07.2008 r. Stanowisko wyrażone przez pełnomocników, iż komisja przetargowa nie wiedziała o stanie sprawy wydaje się być nieprofesjonalne i może podważać zaufanie do organu, na którym spoczywa obowiązek przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Izba uznała, iż zarzut zaniechania wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że BBF Sp. z o.o.

posiada wymaganą wiedzę i doświadczenie zasługiwał na uwzględnienie. Ponieważ złożone dokumenty (wykaz oraz poświadczenie) nie potwierdzały, iż BBF Sp. z o.o. spełnia warunek udziału w postępowaniu należało uznać, iż Wykonawca nie przedłożył dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganej wiedzy i doświadczenia, decyzja o wykluczeniu BBF Sp. z o.o. z postępowania na obecnym etapie byłaby przedwczesna. Dopiero po przeprowadzeniu procedury na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy możliwe będzie zakończenie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i podjęcie czynności w postępowaniu. Tym samym Izba oddaliła zarzuty zaniechania wykluczenia z postępowania BBF Sp. z o.o., zarówno w oparciu o podstawę zawartą w art. 24 ust. 2 pkt 3, jaki art. 24. ust. 2 pkt 4 Ustawy. Izba nie stwierdziła, aby informacje zawarte w wykazie były nieprawdziwe, odnosiły się bowiem do stosunku łączącego podwykonawców, a nie zamówienia podstawowego.

Mając powyższe na względzie odwołanie podlegało uwzględnieniu na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Ustawy. O wpływie na wynik postępowania decyduje fakt, iż ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu wymaga powtórzenia i dopiero jej wynik umożliwi ustalenie grona wykonawców spełniających warunki do uzyskania zamówienia.

Sygn. akt: KIO 2276/15 18

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2276/15 19