

WYROK

z dnia 28 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lutego 2018 r. przez wykonawcę: ABC Project Management L. F. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zarząd Mienia Komunalnego z siedzibą w Białymstoku,

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z., BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B. wykonawcy TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu - Zarządowi Mienia Komunalnego z siedzibą w Białymstoku:

1.1 unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

1.2 odstąpienie Wykazu Usług załączonego do oferty wykonawcy TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,

1.3 powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie z postępowania wykonawcy - TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie - na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz odrzucenie oferty złożonej przez tego wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,

2. kosztami postępowania obciążyć zamawiającego: Zarząd Mienia Komunalnego z siedzibą w Białymstoku i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: ABC Project Managment L. F. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza kwotę 18 567 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) od zamawiającego: Zarząd Mienia Komunalnego z siedzibą w Białymstoku na rzecz wykonawcy: ABC Project Managment L. F. z siedzibą w Warszawie stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień

publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

do Sądu Okręgowego w Białymstoku.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 274/18

Uzasadnienie

Zarząd Mienia Komunalnego z siedzibą w Białymstoku (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Opracowanie dokumentacji projektowej wielobranżowej na budowę osiedla budynków mieszkalnych wielorodzinnych z garażami wolnostojącymi wielopiętrowymi otwartymi wraz z infrastrukturą techniczną i zagospodarowaniem terenu oraz pasem drogowym składającym się z jezdni chodników, ścieżki rowerowej wydzielonym z planowanego II etapu realizacji inwestycji wzdłuż granicy działki nr geod. 220/66, na części działek o nr geod. gr. 220/66, 220/64, 220/5 w obrębie 8, wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę - III etap budowy osiedla mieszkalnego pomiędzy ulicami gen. J. Bema a ul. Dębową, składającej się z następujących części: koncepcji, projektu budowlanego, projektów wykonawczych na każde zadanie oddzielnie umożliwiające realizację w cyklach 22 miesięcznych, 4 etapy, 100 mieszkań rocznie oraz pełnieniu nadzoru autorskiego w czasie realizacji zadania inwestycyjnego zgodnie z postanowieniami Prawa Budowlanego oraz postanowieniami umowy”, (numer postępowania DI.263.59.2017), zwane dalej: „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 20 września 2017 r. pod nr 2017/S 180-369758.

W dniu 12 lutego 2018 r. wykonawca ABC Project Managment L. F. z siedzibą w Warszawie (dalej „odwołujący”), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności zamawiającego, polegające na:

1. nieprawidłowej ocenie oferty wykonawcy TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: „TPF”) w ramach kryterium doświadczenia zawodowego projektanta w specjalności konstrukcyjno-budowlanej i architektonicznej i uznaniu

oferty za najkorzystniejszą, mimo że wykonawca nie wykazał spełnienia kryterium;

2. zaniechaniu wykluczenia TPF z uwagi na niewykazanie spełniania warunku zdolności technicznej lub zawodowej, odnoszącej się do doświadczenia wymaganego od wykonawcy;
3. zaniechaniu wykluczenia TPF, mimo, że ten wprowadził w błąd zamawiającego przy wykazywaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu;
4. nieodtajnieniu wykazu zrealizowanych usług, złożonego przez TPF.

Zaskarżonym działaniom i zaniechaniom odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust.1 i 3 Pzp przez nieprawidłową ocenę oferty TPF i przyznanie tej ofercie nieprawidłowej, tj. zbyt dużej liczby punktów w kryterium doświadczenia zawodowego projektanta w specjalności konstrukcyjno-budowlanej i architektonicznej;
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia TPF, mimo że wykonawca nie wykazał spełniania warunku zdolności technicznej lub zawodowej, odnoszącej się do doświadczenia wymaganego od wykonawcy;
3. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia TPF, mimo że wykonawca ten złożył informacje wprowadzające w błąd zamawiającego;
4. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 oraz art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odtajnienia oraz udostępnienia Wykazu Usług złożonego przez TPF.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. przyznanie ofercie TPF prawidłowej liczby punktów, obliczonej zgodnie z żądaniami odwołania;
3. wykluczenie TPF na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp;
4. dokonanie ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert.

W zakresie zarzutu nieprawidłowej oceny oferty TPF w ramach kryterium doświadczenia projektanta w specjalności architektonicznej posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń odwołujący wskazał, co następuje.

W prowadzonym postępowaniu zamawiający przewidział przyznawanie punktów w kryterium doświadczenie projektanta w specjalności architektonicznej posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń zgodnie z zasadami opisanymi w Rozdziale XIX SIWZ:

„Wykonawca wykaże w formularzu ofertowym wykonane przez wskazanego w ofercie projektanta, posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności architektonicznej, skierowanego do realizacji powyższego zamówienia, że uczestniczył on w realizacji dokumentacji projektowych na budowę budynków mieszkalnych wielorodzinnych lub budynków użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej większej niż 5 000 m² i na ich podstawie uzyskano prawomocne pozwolenia na budowę.”

Za wykazanie wykonania jednej dokumentacji projektowej spełniającej powyższe kryteria zamawiający miał przyznać 0 punktów, za dwie dokumentacje 10 punktów, za trzy - 15

punktów, za cztery - 20 punktów. Maksymalna możliwa do uzyskania w tym kryterium liczba punktów została określona na 20.

Wykonawca TPF w formularzu ofertowym, na stronie 6, zawarł informację, że Pan D. L. wykonał 3 dokumentacje stanowiące podstawę do przyznania mu punktów w przedmiotowym kryterium. Odwołujący podniósł jednak, że powyższa informacja w jest nieprawdziwa, gdyż Pan L. nie jest wymieniony w decyzji o pozwoleniu na budowę nr 301/206 z dnia 23 marca 2016 roku dotyczącej budynku B Inwestycji Miasteczko Ożarów, czyli jednej z trzech wskazanych realizacji. Odwołujący wskazał, że zgodnie z decyzją o pozwoleniu na budowę architektami przy tym projekcie byli Panowie P. C. oraz M. R.

W ocenie odwołującego zamawiający zatem błędnie przyznał 15 pkt wykonawcy TPF w przedmiotowym kryterium. Winien przyznać TPF punkty tylko za dwie dokumentacje projektowe czyli, zgodnie z postanowieniami SIWZ, 10 punktów.

Drugim z kryteriów, w którym zdaniem odwołującego zamawiający przyznał TPF zawyżoną liczbę punktów jest doświadczenie projektanta w specjalności konstrukcyjno-budowlanej posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń.

W ramach przedmiotowego kryterium zamawiający zastrzegł przyznawanie punktów zgodnie z poniżej wymienionymi zasadami:

„Wykonawca wykaże w formularzu ofertowym wykonane przez wskazanego w ofercie projektanta, posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w branży konstrukcyjno-budowlanej, skierowanego do realizacji powyższego zamówienia, że uczestniczył on w realizacji dokumentacji projektowych na budowę budynków mieszkalnych wielorodzinnych lub budynków użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej większej niż 5 000 m² i na ich podstawie uzyskano prawomocne pozwolenia na budowę.”

Za wykazanie wykonania jednej dokumentacji projektowej spełniającej powyższe wymogi zamawiający miał przyznać 0 punktów, za dwie dokumentacje 10 punktów, za trzy - 15 punktów, za cztery - 20 punktów. Maksymalna możliwa do uzyskania za kryterium „doświadczenie projektanta w specjalności konstrukcyjno-budowlanej” liczba punktów została określona na 20.

Wykonawca TPF w formularzu ofertowym na stronie 6 i 7 wskazał, że Pan J. W. wykonał cztery dokumentacje stanowiące podstawę do przyznania mu punktów

w przedmiotowym kryterium. Powyższa informacja jest zdaniem odwołującego częściowo nieprawdziwa - Pan J. W. nie jest wymieniony w decyzji o pozwoleniu

na budowę nr 301/206 z dnia 23 marca 2016 roku dotyczącej budynku B Inwestycji Miasteczko Ożarów, czyli jednego z zadań na które powołał się TPF. Zgodnie z decyzją o pozwoleniu na budowę projektantami konstrukcji w tym projekcie byli Panowie M. K. oraz P. Ż.

W związku z powyższym zamawiający błędnie przyznał 20 pkt wykonawcy TPF w przedmiotowym kryterium. Zdaniem odwołującego zamawiający winien przyznać TPF punkty za trzy, a nie cztery dokumentacje projektowe czyli 15 zamiast 20 punktów.

W przypadku przyznania TPF przez zamawiającego punktów zgodnie z zasadami przewidzianymi w SIWZ oraz zgodnie z powyższymi zastrzeżeniami, TPF otrzymałby łącznie, uwzględniając kryterium cenowe, 85 punktów. Nieprawidłowa, w ocenie odwołującego, ocena punktowa oferty TPF doprowadziła do wyboru oferty, która zgodnie z zasadami ustalonymi w SIWZ powinna mieć niższą punktację niż oferta odwołującego (93,87 punktów).

W ocenie odwołującego, zamawiający naruszył również art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia TPF ze względu na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający w Rozdziale XI SIWZ wymagał, aby wykonawca w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy,

w tym okresie wykonał co najmniej jedną usługę polegającą na wykonaniu dokumentacji projektowej budynków mieszkalnych wielorodzinnych lub budynków użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej większej niż 5000 m², o wartości nie mniejszej niż 800 000 zł dla realizacji której uzyskał prawomocną decyzję pozwolenia na budowę.

Wykonawca TPF w formularzu JEDZ (strona 22 oferty) wykazał wykonanie pięciu dokumentacji projektowych, przy czym każda dotyczyła innego budynku, o innej powierzchni (budynek: A, B, C, D, E), a co więcej dokumentacje powstawały w różnych latach - odpowiednio:

1. Budynek A - lata 2014/2015,
2. Budynek B - lata 2015/2016,
3. Budynek C - rok 2016,
4. Budynek D - rok 2016,
5. Budynek E - rok 2016.

Wykonawca TPF podał, że łączna wartość dokumentacji dla tych budynków przekraczała kwotę 800 000 zł.

Zdaniem odwołującego powyższe nie dowodzi spełnienia warunku doświadczenia, gdyż zgodnie z literalnym brzmieniem SIWZ, zamawiający wymagał realizacji usługi polegającej na wykonaniu dokumentacji projektowej konkretnego typu budynków o powierzchni użytkowej większej niż 5000 m², o wartości nie mniejszej niż 800 000 zł dla wykazywanej usługi. Zamawiający nie dopuścił możliwości kumulatywnego wykazywania warunku doświadczenia i tym samym podejścia zaprezentowanego w ofercie TPF - tj. zsumowania swojego doświadczenia z wykonania odrębnych dokumentacji projektowych.

W ocenie odwołującego czym innym jest bowiem wykonanie jednej dokumentacji projektowej dla budynku o powierzchni użytkowej większej niż 5000 m² i wartości co najmniej 800 000 zł, czym innym zaś wykonanie szeregu pomniejszych dokumentacji projektowych. Z punktu widzenia celu zamawiającego i proporcjonalności wymaganego warunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający chciał wyłonić wykonawcę, który dysponuje doświadczeniem w wykonywaniu dokumentacji projektowych dla dużych budynków. Zsumowanie doświadczenia zdobytego w realizacji mniejszych zamówień nie pozwala na potwierdzenie spełniania warunku doświadczenia. Odwołujący podniósł również, że na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia niedopuszczalna jest odmienna niż literalna interpretacja postanowień SIWZ. W przeciwnym wypadku doszłoby do naruszenia zasady przejrzystości postępowania publicznego.

Odwołujący wskazał, że obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie równe traktowanie wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu przez instytucję zamawiającą. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, by umożliwić wszystkim zainteresowanym i wykazującym zwykłą staranność wykonawcom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a także by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia. Na potwierdzenie swojego stanowiska odwołujący wskazał wyrok ETS 324/14 z 7 kwietnia

2016 r.

Dodatkowym argumentem przemawiającym za twierdzeniem o niespełnieniu warunków udziału w postępowaniu przez TPF jest zdaniem odwołującego fakt, że mimo wymogu SIWZ, nie wszystkie realizacje wskazane przez TPF zakończyły się wydaniem prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę. W dniu składania ofert (26 października 2017 r.) decyzje dla wskazanych w ofercie TPF budynków: C, D i E nie były prawomocne. W przypadku Budynków C i D decyzja o pozwoleniu na budowę nr 1879/2017 wydana została 18 grudnia

2017 r. W przypadku Budynku E decyzja o pozwoleniu na budowę nr 1875/2017 wydana została 18 grudnia 2017 r., a prawomocna się stała 21 grudnia 2017 r., również po terminie składania ofert. Zdaniem odwołującego, zachodzi wobec powyższego uzasadnione

podejrzanie, że wykonawca TPF złożył informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, dotyczące daty uzyskania prawomocności decyzji.

Zamawiający w dniu 23 stycznia 2018 r. pismem DZ.ZH.260.38.2018 wezwał wykonawcę TPF do uzupełnienia złożonego wykazu usług, wobec braku w nim informacji w przedmiocie uzyskania dla wykonanej dokumentacji prawomocnego pozwolenia na budowę. Odwołujący nie miał możliwości samodzielnego zweryfikowania informacji podanych czy uzupełnionych przez TPF, z uwagi na zastrzeżenie wykazu usług jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Jeżeli jednak wykonawca TPF potwierdził, że do upływu terminu składania ofert decyzje o pozwoleniu na budowę wszystkich wskazanych budynków, tj. oznaczonych literami od A do E uprawomocniły się, to niewątpliwie jest, że w złożonym oświadczeniu TPF podał informacje nieprawdziwe, które eliminują go z dalszego udziału w postępowaniu i możliwości uzyskania zamówienia.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Ponadto, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Przesłanka wykluczenia ujęta w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp jest bardziej pojemna i zawiera w sobie przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp które można uznać za kwalifikowane przypadki wprowadzenia w błąd. Wystarczającym jest więc podanie niezgodnych z rzeczywistym stanem twierdzeń, czy to wskutek lekkomyślności czy też niedbalstwa, aby ziszcza się przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Dlatego zdaniem odwołującego, ewentualne wskazanie przez TPF niewłaściwej daty uzyskania prawomocności, w świetle obowiązujących przepisów, powinno zostać uznane za zamierzone wprowadzenie w błąd zamawiającego i skutkować jego wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Odwołujący w dniu 8 lutego 2018 r. wystąpił do zamawiającego o udostępnienie do wglądu ofert złożonych w przywołanym wyżej postępowaniu. W dniu 12 lutego 2018 r. uzyskał od zamawiającego informację przekazaną drogą e - mail, że nie będzie możliwe przekazanie wnioskowanej do wglądu części oferty tj. Wykazu zrealizowanych usług oraz wykazu osób, z uwagi na uznanie wykazu za tajemnicę przedsiębiorstwa i decyzję o nieudostępnieniu osobom trzecim.

Zdaniem odwołującego w pierwszej kolejności należy zauważyć, że z uwagi na zasadę jawności wyrażoną w art. 8 ust. 1 Pzp zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy. Dlatego też wykonawca, który zastrzega, że oferta lub dokumenty składane wraz z ofertą zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, musi tą okoliczność co najmniej uprawdopodobnić. Zgodnie z art. 8 ust. 3 - nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ustawa Pzp w zakresie definicji tajemnicy przedsiębiorstwa odsyła do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 nr 153, poz. 1503). Tajemnicą przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji są „nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności”. Z przytoczonej definicji wynika, że aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa niezbędne jest spełnienie dwóch warunków: po pierwsze spełnione muszą zostać przesłanki w zakresie charakteru informacji, a po drugie muszą zostać przez przedsiębiorcę podjęte działania

w celu ochrony danych.

W ocenie odwołującego złożony w postępowaniu Wykaz usług nie może być utajniony przez Wykonawcę, gdyż dane w nim zawarte możliwe są do pozyskania np. od inwestora, czy też drogą formalną urzędową. Odwołujący na potwierdzenie swojego stanowiska przywołał wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r., I CKN 1159/00, OSNC 2002, nr 5, poz. 67 - „zakresem tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć”.

Mając na uwadze powyższe odwołujący podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu nie ma żadnych informacji, które mogłyby zostać utajnione przez wykonawcę, z uwagi na narzucone przez zamawiającego dane, jakie miały być wskazane w Wykazie usług, stanowiące powtórzenie treści SIWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem odwołującego zachodzi uzasadnione podejrzenie, że w zastrzeżonym Wykazie usług znajdują się informacje mogące stanowić podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania i wyłącznie to stanowi faktyczną podstawę utajnienia informacji.

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

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

Izba ustaliła, że odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej było wykazanie się przez wykonawców wykonaniem co najmniej jednej usługi polegającej na wykonaniu dokumentacji projektowej budynków mieszkalnych wielorodzinnych lub budynków użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej większej niż 5 000 m², o wartości nie mniejszej niż osiemset tysięcy złotych brutto, dla realizacji której uzyskano prawomocną decyzję pozwolenia na budowę.

Na potwierdzenie spełniania tego warunku TPF wskazał usługę realizowaną w etapach. Powinien jednak mieć świadomość, że wykazanie się doświadczeniem w realizacji usługi podzielonej na etapy będzie traktowane tak samo jak usługa jednoetapowa. W SIWZ nie ma zastrzeżenia o odmiennym traktowaniu usług podzielonych na etapy, zatem przyjąć należy, że wykonawca powinien wykazać się usługą, której wszystkie etapy zostały zakończone w sposób wymagany przez zamawiającego. Każdy z deklarowanych etapów powinien wobec tego zostać zakończony uzyskaniem przez inwestora prawomocnego pozwolenia na budowę. Tylko takie rozumienie warunku udziału w postępowaniu zgodne jest z literalnym brzmieniem postanowień SIWZ i zapewnia zachowanie uczciwej konkurencji. Konsekwencją jest stwierdzenie, że skoro wykonawca TPF powołał się na wykonanie dokumentacji projektowej dla budynków oznaczonych literami od A do E, a w dniu składania ofert prawomocne pozwolenia na budowę zostało wydane tylko dla budynków A i B, to warunek udziału w postępowaniu nie został spełniony. Całkowicie nieakceptowalne jest stanowisko wyrażone w toku rozprawy przez zamawiającego oraz przystępującego po jego stronie wykonawcy TPF, jakoby uzyskanie prawomocnych pozwoleń na budowę dla tylko dwóch budynków było całkowicie wystarczające, a uprawomocnienie pozwoleń na budowę dla budynków C, D i E po upływie terminu składania ofert pozbawione znaczenia.

Przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu jest w ocenie Izby niejasny. W części dotyczącej powierzchni użytkowej budynków i można go interpretować na dwa sposoby - 5 000 m² łącznie dla wszystkich budynków albo 5 000 m² dla każdego z budynków - brak jednoznacznego określenia przez dodanie w opisie warunku po ilości 5 000 m² słowa „łącznie” albo „każdy”. W obliczu faktu, że wykonawca TPF powołał się na realizację dokumentacji budynków, spośród których nie wszystkie zostały zakończone uzyskaniem prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę, powyższe wątpliwości interpretacyjne są nieistotne dla rozstrzygnięcia odwołania. Biorąc pod uwagę, że znaczna część też odwołania opierała się na interpretacji przedmiotowego warunku, to w ocenie Izby prawidłową interpretacją jest traktowanie powierzchni 5 000 m² jako wymogu do spełnienia dla wszystkich budynków łącznie. Zgodnie z zasadą, że wątpliwości rozstrzyga się na korzyść wykonawców, przyjęcie przeciwnej interpretacji byłoby na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia niedopuszczalne. Izba nie uwzględniła wobec tego argumentacji odwołującego zmierzającej do wykazania, że żaden z budynków na które powołał się w swojej ofercie wykonawca TPF, nie spełnił wymogów SIWZ w zakresie powierzchni użytkowej.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Wykonawca TPF wykazał się konsekwencją w prezentowaniu informacji, jakoby usługa opracowania dokumentacji projektowej dla wszystkich pięciu budynków wskazanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej zakończyła się uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę. Informację taką wykonawca przekazał zamawiającemu najpierw w JEDZ, a następnie w dniu 25 stycznia 2018 roku, w odpowiedzi na wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów z 23 stycznia 2018 roku. W ocenie Izby nie ma tu zatem mowy o działaniu przypadkowym, czy - jak w toku rozprawy wskazywał przystępujący po stronie zamawiającego wykonawca TPF - wynikającym z odmiennego sposobu interpretacji SIWZ. W zakresie prawomocności pozwolenia na budowę warunek zawarty w SIWZ jest jednoznaczny i nie budzi żadnych wątpliwości interpretacyjnych. Wykonawca musiał lub przynajmniej powinien mieć świadomość, że potwierdzając 25 stycznia, że wszystkie pięć budynków do dnia składania ofert w przedmiotowym postępowaniu miało już prawomocne pozwolenia na budowę, podaje zamawiającemu nieprawdziwą, wprowadzającą w błąd informację.

Nie ma wątpliwości, co do zaistnienia skutku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp czyli wprowadzenia w błąd zamawiającego - uznał on, że TPF spełnia warunki udziału w postępowaniu i 2 lutego 2018 roku wybrał ofertę tego wykonawcy jako najkorzystniejszą. Prowadzi to do wniosku, że zamawiający działał pod wpływem nieprawdziwego przekonania o spełnieniu przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Żaden dokument z przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia nie wskazuje, by zamawiający miał wątpliwości co do tego faktu. W tej sytuacji dyspozycja art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp jest jednoznaczna - wykonawca TPF podlega wykluczeniu z postępowania.

Wbrew twierdzeniu TPF, wyrażonemu w toku rozprawy, w powyższej sytuacji nie przysługuje mu skorzystanie z instytucji samooczyszczenia. Istotą samooczyszczenia jest dobrowolna chęć naprawy szkody przez wykonawcę. Art. 24 ust. 8 Pzp wskazuje, że z inicjatywą samooczyszczenia musi wystąpić wykonawca. Potwierdza to art. 24 ust. 9 Pzp - wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8. Łączna interpretacja art. 24 ust. 8 i 9 Pzp prowadzi do wniosku, że to wykonawca ma wystąpić z inicjatywą samooczyszczenia i przedstawić zamawiającemu dokumenty dające mu podstawę do odstąpienia od obowiązku wykluczenia tego wykonawcy. Procedura wskazana w art. 24 ust. 8 Pzp służy dobrowolnemu naprawieniu szkody - wykonawca winny wprowadzenia w błąd musi się do tego przyznać, zanim fakt ten uświadomi sobie zamawiający. W przeciwnym wypadku zastosowanie ma art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Przepis ten nie przewiduje możliwości zaoferowania wykonawcy „drugiej szansy”. Wykonawca powinien zatem:

- 1) poinformować o zdarzeniu zamawiającego,
- 2) wskazać jakie informacje są nieprawdziwe bądź nierzetelne,
- 3) wyjaśnić okoliczności w jakich doszło do ich przekazania zamawiającemu,
- 4) wskazać sposób w jaki na przyszłość wykonawca ma zamiar zabezpieczyć się przed powtórzeniem się tego rodzaju sytuacji, w tym ewentualnie poinformować czy i jakie konsekwencje służbowe wykonawca wyciągnął wobec odpowiedzialnych za wprowadzenie zamawiającego w błąd pracowników,

5) przekazać informacje rzetelne w miejsce nieprawidłowych.

TPF żadnych działań tego rodzaju nie podjął. W toku rozprawy odwołujący i przystępujące po stronie odwołującego konsorcjum BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z., BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie (dalej: konsorcjum BBC) udowodnili, że uprawnienie decyzji o pozwoleniu na budowę dla budynków C i D nastąpiło 21 grudnia 2017 r., a dla budynku E 12 stycznia 2018 r. Potwierdza to tezę odwołania, że wykonawca TPF posłużył się informacją nieprawdziwą w sposób mający istotny wpływ na przebieg postępowania i powinien zostać wykluczony z postępowania.

Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez nieprawidłową ocenę oferty wykonawcy TPF i przyznanie jej nieprawidłowej, tj. zbyt wysokiej liczby punktów w kryterium doświadczenie zawodowe projektanta w specjalności konstrukcyjno-budowlanej i architektonicznej.

Gdyby zamawiający nie został wprowadzony w błąd, co do spełniania warunków udziału w postępowaniu przez TPF, miałby możliwość powtórzenia czynności oceny ofert, uwzględniając fakt, że wykonawca ten podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Jego oferta zatem podlega odrzuceniu i przyznanie jej jakichkolwiek punktów jest bezpodstawne.

Izba nie uwzględniła jednak argumentacji odwołującego zmierzającej do wykazania, że osoby wskazane w ofercie TPF - Panowie W. i L. nie spełniają wymagań zamawiającego. Kryterium „doświadczenie projektanta w specjalności architektonicznej posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń” sformułowane było następująco: Wykonawca wykaże w formularzu ofertowym wykonane przez wskazanego w ofercie projektanta, posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności architektonicznej, skierowanego do realizacji powyższego zamówienia, że uczestniczył on w realizacji dokumentacji projektowych na budowę budynków mieszkalnych wielorodzinnych lub budynków użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej większej niż 5 000 m² i na ich podstawie uzyskano prawomocne pozwolenia na budowę. Biorąc pod uwagę literalne brzmienie warunku, samo uczestnictwo w wykonaniu projektu budowlanego nakazywało przyjąć, że dana osoba wypełnia wymogi zamawiającego. Odwołujący nie wykazał, że dwie wyżej wskazane osoby warunku nie spełniają. Dowiedzenie, że osoby te nie są autorami projektu budowlanego nie przesądza o niespełnieniu przez nie wymogów SIWZ. Określenie „uczestniczył on” ma bardzo ogólny i niedookreślony charakter, zatem może budzić uzasadnione wątpliwości interpretacyjne, ale w ocenie Izby nie ma powodów, by rozumieć ten fragment warunku inaczej niż literalnie - czyli każda czynność wykonana w toku wykonania dokumentacji projektowej, kwalifikuje daną osobę do wskazania jej w ofercie na potwierdzenie spełnienia kryterium doświadczenia projektanta.

W ocenie Izby potwierdził się również zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 oraz art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odtajnienia oraz udostępnienia Wykazu Usług złożonego przez TPF.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp wykonawca dokonujący zastrzeżenia tajemnicy musi wykazać, że zastrzeżone informacje spełniają przesłanki umożliwiające uznanie ich utajnienia za zasadne. W ocenie Izby wykonawca TPF zadaniu temu nie sprostał. Uzasadnienie zastrzeżenia nie koresponduje z treścią zastrzeżonych informacji - zawarta w wykazie usługa nie spełnia kryterium tajności - została ona ujawniona w JEDZ wykonawcy. Ponadto odwołujący był świadomy, że wykonawca TPF zrealizował taką usługę - był w stanie wykazać, że TPF powołując się na jej realizację dla potrzeb wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej posłużył się nieprawdziwymi informacjami dotyczącymi uprawnocnienia się pozwoleń na budowę. Tym samym niespełniony został warunek wskazany w art. 11 ust. 4 u.znk, by zastrzeżona informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej. Informacją o realizacji przedmiotowej usługi posłużył się również sam wykonawca TPF, załączając do pisma procesowego - odpowiedzi na odwołanie, oświadczenia inwestora na rzecz którego zrealizowana została usługa. W tych okolicznościach nie ma żadnych podstaw do uznania, że zastrzeżony wykaz usług zasługuje na ochronę przed ujawnieniem.

Wymogów ustawowych nie spełniało również uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy - zgodnie z art. 11 ust. 4 u.znk obowiązkiem zastrzegającego tajemnicę wykonawcy jest między innymi wykazanie, że zastrzeżone informacje posiadają dla wykonawcy wartość gospodarczą.

Ten warunek nie został spełniony. Samo zadeklarowanie w uzasadnieniu zastrzeżenia takiej wartości nie jest równoznaczne z jej wykazaniem.

Odwolujący nie sformułował żadnych żądań w części odwołania dotyczącej bezzasadnego nieodtajnienia Wykazu usług z oferty TPF. Izba uwzględniając zarzuty, których zakresem jest zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp związana i jednocześnie nie będąc związana żdaniami odwołania, może orzec inaczej niż wnosił odwołujący. Z tego względu, biorąc pod uwagę, że wyrażona w art. 8 ust. 1 Pzp zasada jawności jest jedną z naczelných zasad zamówień publicznych, to Izba, mimo braku odpowiedniego żądania w odwołaniu, nakazuje zamawiającemu odtajnienie Wykazu usług zawartego w ofercie wykonawcy TPF. Stwierdzenie naruszenia zasady jawności postępowania nie może pozostać bez konsekwencji dla zamawiającego i wykonawcy czyniącego bezpodstawne zastrzeżenie. Odtajnienie bezpodstawnie zastrzeżonego dokumentu jest również istotne ze względu na fakt, że od niniejszego wyroku możliwe jest odwołanie się do Sądu Okręgowego. Z tego względu w ocenie Izby nie jest właściwe przyjęcie, że skoro wykonawca TPF podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu, to niecelowym jest odtajnienie zawartego w ofercie dokumentu. Możliwa jest bowiem sytuacja, że sąd przywróci wykonawcę TPF do postępowania, zatem wydany przez Izbę nakaz odtajnienia wykazu usług musi być w tej sytuacji przedmiotem odrębnej oceny.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w punkcie 1 i 2 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 wraz ze zm.).

Przewodniczący:.....