

Sygn. akt: KIO 421/18,

KIO 431/18

WYROK

z dnia 21.03.2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 marca 2018 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 05.03.2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: INŻYNIERIA RZESZÓW S.A., BLEJKAN S.A., ABIKORP Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o., ul. Podkarpacka 59 A, 35-082 Rzeszów, (KIO 421/18),

B. w dniu 05.03.2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: IDS-BUD S.A., DIM CONSTRUCTION Sp. z o.o., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa, (KIO 431/18),

w postępowaniu prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A., Plac Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa,

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: IDS-BUD S.A., DIM CONSTRUCTION Sp. z o.o., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 421/18 po stronie odwołującego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: M. Sp. z o.o., MCC S.A., ul. Płocka 164, 87-800 Włocławek, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 421/18 i KIO 431/18 po stronie zamawiającego,

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum:

INŻYNIERIA RZESZÓW S.A., BLEJKAN S.A., ABIKORP Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o., ul. Podkarpacka 59 A, 35-082 Rzeszów, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 431/18 po stronie zamawiającego.

orzeka

1. uwzględnić oba odwołania i nakazać zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, udostępnienie wykonawcom złożonych przez Konsorcjum M. wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz dokonanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty;

2. w pozostałym zakresie zarzuty z obu odwołań oddala;

3. w zakresie odwołania o sygn. KIO 421/18

3.1 kosztami postępowania w sprawie o sygn. KIO 421/18 obciąża w wysokości 4/5 odwołującego INŻYNIERIA RZESZÓW oraz w 1/5 przystępującego Konsorcjum: M. Sp. z o.o., MCC S.A., ul. Płocka 164, 87-800 Włocławek i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000,00 (dwudziestu tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2 zasądza od odwołującego Konsorcjum Inżynieria Rzeszów na rzecz zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A., Plac Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa, kwotę 1436,64 (jeden tysiąc czterysta trzydzieści sześć złotych 64 grosze) złotych tytułem zwrotu 4/5 kosztu wynagrodzenia pełnomocnika;

3.3 zasądza od przystępującego Konsorcjum M. na rzecz zamawiającego kwotę 1/5 kosztu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 359,16 (trzysta pięćdziesiąt dziewięć 16 groszy) złotych tytułem zwrotu części kosztu wynagrodzenia pełnomocnika;

3.4 zasądza od przystępującego Konsorcjum M. na rzecz odwołującego Konsorcjum Inżynieria Rzeszów kwotę 4720,00 (cztery tysiące siedemset dwadzieścia) złotych tytułem zwrotu 1/5 kwoty wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

4. w zakresie odwołania o sygn. KIO 431/18

4.1 kosztami postępowania w sprawie o sygn. KIO 421/18 obciąża w wysokości 3/4 odwołującego Konsorcjum IDS-BUD S.A., DIM CONSTRUCTION Sp. z o.o., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa oraz w 1/4 przystępującego Konsorcjum: M. Sp. z o.o., MCC S.A., ul. Płocka 164, 87-800 Włocławek i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000,00 (dwudziestu tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

4.2 zasądza od odwołującego Konsorcjum IDS-BUD na rzecz zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A., Plac Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa kwotę 1 346,85 (jeden tysiąc trzysta czterdzieści sześć 85 groszy) złotych tytułem zwrotu 3/4 kosztu wynagrodzenia pełnomocnika;

4.3 zasądza od przystępującego Konsorcjum M. na rzecz odwołującego Konsorcjum

IDS-BUD kwotę 5 000,00 (pięć tysięcy) tytułem zwrotu % kwoty wpisu od odwołania;

4.4 zasądza od przystępującego Konsorcjum M. na rzecz zamawiającego kwotę 1/4

kosztu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 448,95 (czterysta czterdzieści osiem 95 groszy) złotych tytułem zwrotu części kosztu wynagrodzenia pełnomocnika;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od

dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący

Sygn.. akt KIO 421 i 431/18

UZASADNIENIE

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A., Plac Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa, dalej zwane „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o

udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Zadanie IV.1 Budowa kolektora Lindego Bis”. Nr referencyjny nadany sprawie przez Zamawiającego: 00966/WS/PW/PRO- JRP-T1/B/2017. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod numerem 2017/S 103-206093.

W dniu 23 lutego 2018 roku Zamawiający przekazał wykonawcom zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą została uznana oferta Konsorcjum: M. Sp. z o.o., MCC S.A., ul. Płocka 164, 87-800 Włocławek.

Od takiej czynności Zamawiającego wykonawcy:

A. Konsorcjum: INŻYNIERIA RZESZÓW S.A., BLEJKAN S.A., ABIKORP
Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o., ul. Podkarpacka 59 A, 35-082 Rzeszów, (KIO 421/18), zwane dalej „Odwołującym Inżynieria, lub „Konsorcjum Inżynieria”,

B. Konsorcjum: IDS-BUD S.A., DIM CONSTRUCTION Sp. z o.o., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa, (KIO 431/18), zwane dalej „Odwołującym IDS-BUD, lub „Konsorcjum IDS-BUD”,

wnieśli odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołanie Konsorcjum: Inżynieria Rzeszów S.A., sygn (KIO 421/18),

Odwołujący we wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp i wniósł odwołanie wobec:

1) czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum w składzie M. Sp. z o.o., M. S.A (obecnie MSS SA) zwanym dalej „Konsorcjum M.” czym naruszono przepisy art. 7 ust 1, art. 24 ust.1 pkt 16 i 17, art 26 ust. 3 i ust. 4, art. 8 ust 1 i 2 ustawy;

2) zaniechania czynności wykluczenia z postępowania Konsorcjum M. na skutek faktu, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, w wyniku czego doszło do naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust 1 pkt 16 ustawy,

3) zaniechania czynności wykluczenia z postępowania Konsorcjum M. na skutek tego, że wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia w wyniku czego doszło do naruszenia przepisów art 7 ust. 1 oraz art. 24 ust 1 pkt 17 ustawy,

4) zaniechania czynności wezwania Konsorcjum M. do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie doświadczenia zawodowego a także do uzupełnienia pełnomocnictwa, w wyniku czego doszło do naruszenia przepisów art. 7 ust.

1 oraz art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy,

5) zaniechania czynności udostępnienia informacji dotyczących złożonych przez Konsorcjum M. wyjaśnień rażąco niskiej ceny na skutek bezprawnego uznania za skutecznie zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa, informacji tego Wykonawcy takiej tajemnicy nie stanowiących a także odmowa udostępnienia jako tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum M., pism kierowanych przez Zamawiającego do tego Konsorcjum na skutek czego odebrano Odwołującemu możliwość weryfikacji czynności Zamawiającego, względem których przysługują środki ochrony prawnej, czym naruszono art. 96 ust. 3 w związku z art. 8 ust. 1 i

2 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji prowadząc do naruszenia art. 7 ust. 1.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazanie Zamawiającemu:

1. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. Wykluczenie z postępowania Konsorcjum M. z uwagi na to, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu albo z uwagi na

to, że wykonawca ten 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;
Alternatywnie:

3. Wezwanie Konsorcjum M. do złożenia wyjaśnień złożonych dokumentów potwierdzających posiadanie doświadczenia zawodowego a także do uzupełnienia tych dokumentów;

4. Udostępnienia wyjaśnień Konsorcjum M. w zakresie zaoferowanej ceny oraz treści pism kierowanych przez Zamawiającego do Konsorcjum M. w przedmiotowym zakresie.

Przedstawiając argumentację w zakresie zarzutu pierwszego odwołania dotyczącego wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału tj. naruszenia art. 24 ust 1 pkt 16 Pzp podniósł, że zgodnie z postanowieniem punktu Hl.1.3 podpunkt 1.1 Ogłoszenia o zamówieniu

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

1.1. zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie), tj.:

Wykonawcy, którzy nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali:

a) co najmniej dwie roboty budowlane (umowy) polegające na budowie sieci kanalizacyjnych lub wodociągowych, o wartości każdej roboty budowlanej (umowy) równej lub większej od wartości stanowiącej równowartość 50.000.000,00 zł (słownie: pięćdziesiąt milionów złotych i 00/100) bez podatku VAT, oraz

b) co najmniej 1 (jedną) robotę budowlaną (umowę) polegającą na budowie kolektora/kolektorów kanalizacyjnego/nych w granicach administracyjnych miasta, realizowanego/realizowanych w technologii bezwypukowej, o długości kolektora/kolektorów co najmniej 1500 m łącznie dla wskazanej roboty (umowy), przy czym co najmniej Jeden z kolektorów wskazanych dla spełnienia warunku musiał przechodzić (krzyżować się w planie) pod torowiskiem tramwajowym lub kolejowym lub tunelem (komunikacji szynowej lub drogowej) lub stacją metra. Średnica kolektora/ kolektorów wskazanych dla spełnienia warunku musi wynosić co najmniej DN1600 mm, z zastrzeżeniem, że na odcinku krzyżującym się z wyżej opisanymi obiektami co najmniej DN 1000 mm.

Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek (dotyczy pkt a) i b) także wtedy kiedy wykaze, że zrealizował co najmniej dwie roboty budowlane (umowy), o których mowa w pkt a), z tym że co najmniej jedna z tych robót spełnia jednocześnie wymogi określone w pkt b) powyżej,

W celu wykazania spełniania wskazanego warunku udziału w postępowaniu, Konsorcjum M. złożyło wraz z ofertą „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji zasobów podmiotu” złożone w dniu 15 września 2017 roku przez POL-AQUA Sp. z o.o. (str. 99,100 oferty), w którego treści, podmiot udostępniający zasoby podał, że zakres udostępnianych zasobów to;

a) dwie roboty budowlane (umowy) polegające na budowie sieci kanalizacyjnych lub wodociągowych, o wartości każdej roboty budowlanej (umowy) równej lub większej od wartości stanowiącej równowartość 50.000.000,00 zł (słownie; pięćdziesiąt milionów złotych 100/100) bez podatku VAT,

b) oraz 1500 m łącznie dla wskazanej roboty (umowy), przy czym co najmniej jeden z kolektorów wskazanych dla spełnienia warunku musiał przechodzić (krzyżować się w planie) pod torowiskiem tramwajowym lub kolejowym lub tunelem (komunikacji szynowej lub drogowej) lub stacją metra. Średnica kolektora/ kolektorów wskazanych dla spełnienia warunku musi wynosić co najmniej DN 1600 mm, z zastrzeżeniem, że na odcinku krzyżującym się z wyżej opisanymi obiektami co najmniej DN 1000 mm.

1) Kontrakt 23 - „Agglomeracja Poznań - budowa kolektora Prawobrzeżnego II na odcinku od ul. Głównej do skrzyżowania ul. Milczańskiej i Bolesława Krzywoustego w Poznaniu"

2) Zadanie 5.10 „Budowa kolektora W" w Warszawie.

Z treści przedłożonego zobowiązania wynikało, że wykonawca obydwóch realizacji była POL-AQUA SP. Z O.O. Co istotne w okolicznościach przedmiotowej sprawy, do wykazania

spełniania warunków konieczne było, aby obydwa wskazane zadania zostały rzeczywiście wykonane w zakresie oraz kwotach przewidzianych w umowach na realizację tych zadań. Konsorcjum M. nie przedstawiło bowiem żadnych realizacji własnych ani innych zobowiązań.

Pismem z dnia 18 stycznia 2018 roku, Zamawiający wezwał Konsorcjum M. do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy. Wykonawca Konsorcjum M. za pismem z dnia 29 stycznia 2018 roku, złożył żądane dokumenty tj. Wykaz robót budowlanych wykonany na druku załącznika nr 1 do SIWZ zawiera dwie roboty:

1, Zadanie 5.10 „Budowa kolektora W” w Warszawie

2. Kontrakt 23 - „Aglomeracja Poznań - budowa kolektora Prawobrzeżnego II na odcinku od ul. Głównej do skrzyżowania ul. Milczańskiej i Bolesława Krzywoustego w Poznaniu”

W tym zakresie Odwołujący podał, że przy wymienionym w punkcie 1 Zadaniu 5.10 „Budowa kolektora W” w Warszawie podano informacje, z których wynika, że zadanie to pozwala na spełnienie w połowie, warunku wylegitymowania się wykonaniem roboty budowlanej (umowy) polegającej na budowie sieci kanalizacyjnych lub wodociągowych, o wartości każdej roboty budowlanej (umowy) równej lub większej od wartości stanowiącej równowartość 50.000.000,00 zł (słownie: pięćdziesiąt milionów złotych 100/100) bez podatku VAT. Według zapisów Wykazu robót budowlanych, zadanie wymienione w punkcie 2: Kontrakt 23 - „Aglomeracja Poznań - budowa kolektora Prawobrzeżnego II na odcinku od ul. Głównej do skrzyżowania ul. Milczańskiej i Bolesława Krzywoustego w Poznaniu” pozwala na potwierdzenie zarówno warunku wylegitymowania się wykonaniem roboty budowlanej (umowy) polegającej na budowie sieci kanalizacyjnych lub wodociągowych, o wartości każdej roboty budowlanej (umowy) równej lub większej od wartości stanowiącej równowartość 50.000.000,00 zł (słownie: pięćdziesiąt milionów złotych i 00/100) bez podatku VAT, jak również drugiej części warunku udziału, to jest wylegitymowanie się 1 (jedną) robotą budowlaną (umową) polegającą na budowie kolektora/olektorów kanalizacyjnego/nych w granicach administracyjnych miasta, realizowanego/ realizowanych w technologii bez wykopowej o długości kolektora/kolektorów co najmniej 1500 m łącznie dla wskazanej roboty (umowy), przy czym co najmniej jeden z kolektorów wskazanych dla spełnienia warunku musiał przechodzić (krzyżować się w planie) pod torowiskiem tramwajowym lub kolejowym lub tunelem (komunikacji szynowej lub drogowej) lub stacją metra. Średnica kolektora/ kolektorów wskazanych dla spełnienia warunku musi wynosić co najmniej DN 1600 mm, z zastrzeżeniem, że na odcinku krzyżującym się z wyżej opisanymi obiektami co najmniej DN 1000 mm.

Dla zawartego w wierszu Lp. 2 Kontraktu 23 „Aglomeracja Poznań - budowa kolektora Prawobrzeżnego II na odcinku od ul. Głównej do skrzyżowania ul. Milczańskiej i Bolesława Krzywoustego w Poznaniu” podano, że wartość robót netto wyniosła 87 343 860.00 PLN. Realizacja robót rozpoczęła się 29 grudnia 2009 roku zaś ich koniec to 15 czerwca 2012 roku. Wskazano, że Zamawiającym w przedmiotowym zamówieniu była Spółka AQUANET z Poznania. Z powyższego wynika, że POL-AQUA samodzielnie wykonała obydwa kontrakty przez co posiada prawo dysponowania wiedzą 1 doświadczeniem wynikającym z ich realizacji.

Do wykazu robót budowlanych załączono referencje dla każdej z robót.

W treści referencji wydanych przez AQUANET S.A z Poznania zapisano między innymi, że:

1) Wykonawcą zamówienia było Konsorcjum w składzie PHI POL-AQUA S.A (Lider) , SONNTAG Baugesellschaft mbH (Partner) oraz PHARMGAS S.A. (Partner);

2) Termin realizacji robót to: 28 stycznia 2010 r-18 maja 2012 roku:

3) Wartość robót dla Kontraktu nr 23 wykonanych i potwierdzonych przez inżyniera Kontraktu i Zamawiającego na dzień 02.10.2012r. wynosi netto 87 343 860.00 PLN.

4) Roboty budowlane zostały zrealizowane poprawnie, zgodnie z umową oraz wymaganiami współczesnej wiedzy technicznej, obowiązującymi normami i przepisami.

5) Referencje zostały wydane 23 marca 2013 roku.

6) Referencje nie dotyczyły realizacji umowy w ogóle, lecz wskazanego w ich treści „zakresu podstawowego wykonanych robót”.

Zarówno POL-AQUA jak i samo Konsorcjum M. konsekwentnie pomijały fakt, że roboty były realizowane nie przez POL-AQUA samodzielnie, a przez Konsorcjum.

Z dokumentacji wynikało, że 60 % kwoty kontraktowej dotyczyło realizacji zadania przez

POL-AQUA tj. przypadła kwota 50400000 PLN. Kwota ta byłaby wystarczająca dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu o ile w terminie umownym doszłoby do realizacji zamówienia za pełną kwotę kontraktową. Jednak z treści Referencji wynika, że kwota kontraktowa netto, to jest 87 343 860.00 PLN została osiągnięta dopiero w dniu 2 października 2012 roku.

Nie można zatem mówić o należyтым wykonaniu zamówienia, które według Konsorcjum M. miało zakończyć się 15 czerwca 2012 roku, zaś zgodnie z treścią Referencji wystawionych przez AQUANET S.A. nastąpiło w dniu 18 maja 2012 roku. Nie jest prawdziwą informacją zawartą w Wykazie robót budowlanych, że do 15 czerwca 2012 roku wykonano zamówienie za kwotę 87 343 860.00 PLN netto. Niewykonanie zamówienia za określoną w umowie kwotę w terminie w umowie przewidzianym stanowi podstawę do stwierdzenia, że umowa (zamówienie publiczne) nie została wykonana z należyłą starannością.

Pomimo obowiązku badania i oceny składanych informacji, Zamawiający nie dostrzegł istniejących sprzeczności. Pominał zakaz korzystania przez uczestnika konsorcjum z wiedzy i doświadczenia nabytego przez całe konsorcjum, nie porównał danych wynikających z oświadczeń POL-AQUA i Konsorcjum M. z informacjami płynącymi z Referencji AQUANET

S.A.

Zdaniem Odwołującego wykazane sprzeczności wyczerpują przesłankę wykluczenia Konsorcjum M. z postępowania w trybie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy. Nie można bowiem odczytywać działań i intencji Konsorcjum M. inaczej, niż bądź to zamiar wprowadzenia w błąd bądź to rażące niedbalstwo przy przekazywaniu Informacji o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu.

Podobnie, jak w przypadku kwoty zrealizowanego zamówienia, rzecz ma się w odniesieniu do zakresu faktycznie wykonywanych robót budowlanych. Z treści Wykazu robót budowlanych wynika, że całość robót wykonana została przez POL-AQUA. Tymczasem z treści referencji wynika, że wykonawcą było całe Konsorcjum POL-AQUA z SONNTAG Baugesellschaft mbH oraz PHARMGAS S.A. Szczególnie udział SONNTAG Baugesellschaft mbH wskazuje, że część lub nawet większość robót mikro tunelowania wykonał właśnie ten podmiot. Jest to bowiem Spółka zajmująca się specjalistycznie robotami bezwykopowymi.

Powyższe stanowi potwierdzenie, że informacje przekazane przez Konsorcjum M. wprowadziły Zamawiającego w błąd w odniesieniu do spełnienia warunków przez tego wykonawcę i tym samym Konsorcjum winno podlegać wykluczeniu z postępowania w trybie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy na skutek faktu, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu Informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Powyższa argumentacja zdaniem Odwołującego jest także adekwatna do zarzutu naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Dodał, że gdyby bowiem Wykonawca ten przedstawił dane w sposób rzetelny, nie wprowadzając Zamawiającego w błąd co do stanu faktycznego sprawy, wówczas decyzje Zamawiającego w odniesieniu do wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeń wykonawców mogły być inne niż obecnie.

W zakresie kolejnego zarzutu odwołania, dotyczącego zaniechania wezwania Konsorcjum M. do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie doświadczenia zawodowego a także do uzupełnienia pełnomocnictwa. w wyniku czego doszło do naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 26 ust. 31 ust. 4 ustawy podał, że wobec zaistnienia okoliczności przedstawionych w ww. zarzutach występuje konieczność wyjaśnienia treści dokumentów złożonych przez Konsorcjum M. oraz ich uzupełnienia.

Dodał, że informacje płynące z Referencji AQUANET S.A. dla Kontraktu nr 23 w Poznaniu, mówiące o osiągnięciu kwoty kontraktowej dopiero w dniu 2 października 2012 roku, zamiast w dniu 18 maja 2012 roku świadczą o nienależytym wykonaniu zamówienia. Zamówienia, które nie zostały wykonane należyście, nie mogą być skutecznie wskazywane w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w trybie ustawy Pzp. Także niejasności w odniesieniu do zakresu merytorycznego oraz kwotowego, robót przypadających na POL-AQUA wymagają wyjaśnienia. W przypadku stwierdzenia, że POL-AQUA nie może wykazać że wykonała samodzielnie roboty budowlane konieczne do potwierdzenia spełnienia warunku doświadczenia zawodowego i co za tym idzie przekazać wiedzę i doświadczenie ze skutkiem w postaci uznania, że Konsorcjum M. spełnia warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający winien wezwać tego Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

W zakresie zarzutu nie udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień wykonawcy M. w zakresie rażąco niskiej ceny oferty podał, że w dniu 27 lutego 2018 roku, Zamawiający

dokonał czynności udostępnienia Odwołującemu kopii protokołu postępowania wraz z załącznikami. Odmówił jednak udostępnienia wyjaśnień Konsorcjum M. w zakresie zaferowanej ceny, a także pism własnych kierowanych do tego Konsorcjum w sprawie wyjaśnień zaferowanej ceny. Podał, że przedłożono Odwołującemu tylko pismo z dnia 6 października 2017 roku - wstępną część wyjaśnień ceny zawierającą wyjaśnienie podstaw zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wyjaśnienie to zostało sporządzone w sposób ogólnikowy, nie dający podstaw do respektowania skuteczności zastrzeżenia przez Zamawiającego. W ocenie Odwołującego nie budzi najmniejszych wątpliwości, że zastrzeżone informacje w żadnym wypadku nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym ich zastrzeżenie przez wykonawcę inżyniera było i jest bezpodstawne.

O obowiązku Zamawiającego w zakresie udostępnienia wykonawcom wyjaśnień ceny ofertowej Konsorcjum M. przesądza fakt, że zamieszczona w treści wezwania Zamawiającego Tabela kosztowa, którą zastrzegło Konsorcjum M., została oparta o wzór zawarty w Części 11.6 Kontraktu «Wykaz Cen». Zatem wszelkie informacje zawarte w tej Tabeli, staną się nieodłączną częścią umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ponieważ zgodnie z art. 139 ust. 3 ustawy, umowy w sprawach zamówień publicznych są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej, to jest oczywiste, że wraz z umową jawny będzie Wykaz cen, którego istotne elementy składowe zawarte zostały w Tabeli kosztowej dołączonej do wyjaśnień Konsorcjum M. i zastrzeżonej przez tego Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zastrzeżona przez wykonawcę Konsorcjum M. Tabela kosztowa w żaden sposób nie może zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, skoro z góry zakłada się ujawnienie zawartych w niej informacji po uzyskaniu zamówienia. Powyższa okoliczność w świetle utrwalonego i jednolitego orzecznictwa KIO przesądza również o niedopuszczalności zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba wypowiedziała się na ten temat wielokrotnie, zatem jedynie tytułem przykładu Odwołujący wskazuje na wyrok z dnia 11 grudnia 2014 r, sygn. akt: KIO 2498/14, w którym nakazując odtajnienie formularza cenowego podkreślono, że: „nadto, ww. pozycje z formularza cenowego stanowią załącznik przyszłej umowy, i tak jak sama umowa o udzielenie zamówienia publicznego, zostaną ujawnione po podpisaniu umowy.”.

Podkreślił, że w szczególności, nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa informacje o czynnościach Zamawiającego podejmowanych w toku postępowania. Nieudostępnione pisma zawierają informacje o tych czynnościach. Zamawiający ma możliwość ochrony informacji poprzez zakreślanie „na czarno” informacji skutecznie zastrzeżonych przez wykonawcę. Sam jednakże nie ma prawa podejmowania decyzji, że jakakolwiek informacja związana z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, tajemnicę taką stanowi. Przykładem może być wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Jakkolwiek pismo w tej sprawie może zawierać informacje skutecznie zastrzeżone przez wykonawcę, jednak sama czynność w tym także jej skutki w postaci złożenia lub nie - terminowej odpowiedzi jak również jej szczegółów z wyłączeniem tylko tych informacji, które zastrzeżono zgodnie z treścią art. 8 ust. 3 ustawy - muszą pozostać jawne.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpiło Konsorcjum: IDS-BUD, które w zakresie zarzutów odwołania poparło niezasadne objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień wykonawcy M. oraz wskazało, że w związku z tym oferta M.ego została wybrana jako najkorzystniejsza, w jego interesie jest, aby ten wybór został unieważniony.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie, co zdaniem Izby zasługuje na dezaprobatę, gdyż Zamawiający, który zamierza merytorycznie odnosić się do zarzutów odwołania winien taką odpowiedź złożyć, chociażby z powodu, aby przedstawić Odwołującym na odpowiednim etapie postępowania odwoławczego swoje stanowisko umożliwiając im np. wycofanie części czy też całości zarzutów odwołania.

Zamawiający na etapie posiedzenia przed KIO, przed otwarciem rozprawy oświadczył, że postanowił uwzględnić zarzuty z obu odwołań w zakresie zarzucanego naruszenia art. 8 ust.3 Pzp dotyczących niezasadnego uznania, iż złożone przez wykonawców zarówno Konsorcjum Inżynieria jak i Konsorcjum M. zostały zasadnie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wobec powyższego oświadczenia Przystępujący Konsorcjum M. złożył oświadczenie, iż wnosi sprzeciw co do uwzględnienia zarzutów z obu odwołań dotyczących jego oferty. Natomiast Odwołujący Konsorcjum

Inżynieria nie wniosło sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutu kierowanego pod adresem jego wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Zamawiający odnosząc się do zarzutów przedmiotowego odwołania wniósł o ich oddalenie jako bezpodstawnych. Podał także, że podniesiony zarzut dotyczący

wprowadzenia Zamawiającego w błąd rozpatrywać w świetle art. 192 ust. 2 Pzp, gdyż podniesione przez Odwołującego argumenty nie mogą mieć żadnego wpływu na wynik tego postępowania. Zgodnie ze wskazanym w odwołaniu punktem ogłoszenia o zamówienie, wykonawca winien wykazać się wykonaniem robót o określonej wartości, w terminie ostatnich 10 lat, a w związku z tym nie jest istotne, czy kwota kontraktowa została uzyskana na dzień 18.05.2012 r. jak wynika z wystawionych na dzień 23.03.2013r. referencji, czy też na dzień 02.10.2012r., ponieważ zawsze termin uzyskania tej kwoty kontraktowej, wymaganej w warunku, zostaje spełniony w okresie 10 lat i tym samym jest podstawą do uznania, że warunek w tym zakresie został spełniony przez wykonawcę.

Podkreślił, że referencje, wystawione przez AQUA-Net, potwierdzają należyte wykonanie zamówienia, a Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, który by wskazywał na to, iż dane zawarte w referencjach są nieprawdziwe, a tym samym, że nie nastąpiło prawidłowe wykonanie tego zamówienia. Zdaniem Zamawiającego, takim dowodem nie mogą być przedłożone przez Odwołującego aneksy ani umowa o przedłużeniu realizacji zamówienia ze względu na potrzebę dodatkowego wykonania robót koniecznych, gdyż z żadnej z ich treści nie wynika, że zamówienie zostało wykonane w sposób nieprawidłowy. Sam fakt zawarcia aneksów nie wskazuje, ani nie przesądza, że wykonawca w sposób nieprawidłowy realizował zamówienie i w związku z tym nastąpiło zawinione przesunięcie terminów wykonania referencyjnego zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu nr 4, Zamawiający podał, że brak jest niewykazania jakichkolwiek podstaw do tego, aby wzywać wykonawcę M. do składania wyjaśnień, których celem byłoby potwierdzenie wykazania potwierdzenia przez Konsorcjum M. wiedzy i doświadczenia, niezbędnych do realizacji zamówienia, w zakresie podanym w warunku udziału w postępowaniu, gdyż spełnienie warunku zostało wykazane.

Przystępujący po stronie Zamawiającego Konsorcjum M. podał, że Odwołujący w sposób błędny sformułował odwołanie, gdyż nie wskazał w nim podstawy prawnej z art. 24 ust. 1 pkt 12, dotyczącej niespełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, a tym samym nie podniósł, że wykonawca warunku nie spełnił. Podniósł, że jeśli Odwołujący nie przedstawił wprost okoliczności faktycznych, z których można wywieść postawienie konkretnego zarzutu, to Izba nie ma możliwości wywodzenia tego faktu z innych okoliczności sprawy. Odnosząc się do zarzutu, co do nieprawidłowego wykonania kontraktu, to podał, że nie ma żadnych wątpliwości, że kontrakt został wykonany w sposób prawidłowy. Kontrakt był wykonywany w oparciu o postanowienia FIDIC, a tym samym wszystkie procedury z tym związane miały odniesienie do wymagań FIDIC i tak też winny być oceniane. Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu, który miałby uzasadniać po pierwsze, że przedstawiony przez Przystępującego wykaz wykonanych robót oraz referencje miałyby wskazywać na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, bądź na nienależyte wykonanie tych robót. Stanowisko Odwołującego, co do rzekomego wprowadzenia w błąd Zamawiającego, wynika z domysłów, a nie z przedłożonych dowodów. Konsorcjum M. w żaden sposób nie wprowadziło Zamawiającego w błąd.

Odwołanie Konsorcjum IDS-BUD sygn. KIO 431/18

Wykonawca ten we wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu dokonanie niezgodnych z prawem czynności naruszających:

- art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy M., w wyniku błędnej oceny spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu
- art. 26 ust. 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Wykonawcy

M. do uzupełnień w zakresie:

a) informacji z Krajowego Rejestru Karnego, określonej w punkcie 6.1.b)a) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dotyczącej Pana K. G. oraz Pana J. O.

b) dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w punkcie 5.1.1.3 f) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia

- art. 8 ust. 3 Pzp i art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 96 ust 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie ujawnienia całości wyjaśnień Wykonawcy M. z dnia 6 października 2017 r. w zakresie rażąco niskiej ceny, mimo iż zastrzeżone informacje nie spełniają przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również Wykonawca M. nie sprostął obowiązkowi wykazania zasadności dokonanego zastrzeżenia

- art. 8 ust. 3 Pzp i art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 96 ust 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę Inżyniera Rzeszów w zakresie wykazania zasadności dokonania zastrzeżenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz poprzez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę Inżyniera Rzeszów w zakresie rażąco niskiej ceny, mimo iż zastrzeżone informacje nie spełniają przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa

- art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, w wyniku czego Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy M.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę M.

- dokonania ponownego badania i oceny ofert
- udostępnienia Odwołującemu całości wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę M. oraz

Wykonawcę Inżyniera Rzeszów w zakresie rażąco niskiej ceny

- wezwania Wykonawcy M. do uzupełnienia w zakresie informacji z Krajowego Rejestru

Karnego, określonej w punkcie 6.1.b)a) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dotyczącej Pana K. G. i Pana J. O. oraz dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w punkcie 5.1.1.3 f) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odnosząc się do postawionego zarzutu- niewykazania przez Konsorcjum M. dysponowaniem odpowiednią osobą na stanowisko Eksperta nr 6 - kierownika robót sanitarnych podał, że wykonawca ten w przedłożonym w odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów wykazie osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, wskazał Pana R. N. Jako podstawę dysponowania Konsorcjum M. wskazało „umowę cywilno-prawną”. Jednakże w dniu składania wykazu, tj. 29.01.2018r., Wykonawca M. już nie dysponował bezpośrednio osobą Pana R. N.. Począwszy od dnia 15.01.2018r. Pan R. N. jest pracownikiem DIM CONSTRUCTION Sp. z o.o.. Podmiot ten nie wyraził i nie wyraża zgody na wskazanie Pana R. N. jako osobę, którą Wykonawca M. może wykazać na spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 5.1.1.3 lit f) SIWZ. Zgodnie z punktem V wezwania z dnia 18.01.2018r. (PZP.DPS.280.00966.2018 279 BAK) Wykonawca M. zobowiązany był do przedłożenia dokumentów aktualnych na ich dzień złożenia. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, iż na dzień 29.01.2018r. wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, w części dotyczącej Eksperta nr 6 - Kierownika robót sanitarnych, był aktualny.

W tym dniu bowiem Wykonawca M. nie miał zawartej z Panem R. N. ani umowy o pracę ani umowy zlecenia. Warunki udziału w postępowaniu bezwzględnie muszą być spełnione na dzień składania ofert. Natomiast dokumenty składane na potwierdzenie spełnienia tych warunków mają być aktualne na dzień ich złożenia, co oznacza, iż mają odnosić się do aktualnego stanu faktycznego. W takiej sytuacji Zamawiający winien wezwać Wykonawcę M. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w punkcie 5.1.1.3 lit f) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w tym aktualnego wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, którymi Wykonawca M. dysponuje.

W kolejnym zarzucie Odwołujący podniósł, że Zamawiający pismem z dnia 18.01.2018r. wezwał wykonawcę M. do przedłożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp. Odwołujący w tym zakresie podał, że z załączonych do oferty informacji z Krajowego Rejestru Sądowego wynika, iż w dniu składania ofert w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wiceprezesem w spółce M. Sp. z o.o. był Pan K. G., a prezesem spółki M. S.A. był Pan J. O.. Jednakże dla osób tych Wykonawca M. nie przedłożył informacji z Krajowego Rejestru Karnego. W piśmie z dnia 29.01.2018r. Wykonawca M. wskazał jedynie, iż nie przedkłada dokumentów dotyczących Pana K. G. z uwagi na fakt, iż Pan K. G. został w dniu 30.09.2017r. odwołany z pełnienia funkcji w zarządzie spółki M. Zastrzeżenia takiego w stosunku do Pana J. O. Wykonawca M. nie poczynił. Niezależnie od powyższego nie sposób zgodzić się ze stwierdzeniem, iż Wykonawca M. zwolniony był z obowiązku przedłożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla Pana K. G. oraz Pana J. O. ze względu na okoliczność, iż osoby te po złożeniu oferty odwołane zostały z pełnienia funkcji w zarządzie spółek wchodzących w skład konsorcjum Wykonawcy M. Oświadczenia i dokumenty składane przez wykonawców w odpowiedzi na wezwanie kierowane w trybie art. 26 ust. 1

Pzp mają być co prawda aktualne na dzień ich złożenia, jednakże z tego samego przepisu wynika dodatkowo, że mają one "potwierdzać okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1". Zatem dokumenty te mają dowodzić prawdziwości wstępnych oświadczeń o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu "aktualnych na dzień składania ofert". Oznacza to, iż Wykonawca M. winien przedłożyć Zamawiającemu wszelkie dokumenty, które potwierdzałyby, że w dniu złożenia oferty Wykonawca M. nie podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14) Pzp a stwierdzenie tego jest możliwe jedynie na podstawie informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącego wszystkich urzędujących w dniu składania ofert członków zarządu. Dlatego Zamawiający winien był wezwać Wykonawcę M. do uzupełnienia w powyższym zakresie.

W zakresie kolejnego zarzutu podniósł, że w dniu 28 września 2017r. Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy M. oraz do Wykonawcy Inżynieria Rzeszów, na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1) Pzp, o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty. Jednocześnie Zamawiający oczekiwał wypełnienia Tabeli kosztowej na wzorze wskazanym przez Zamawiającego, wraz z podaniem wszelkich niezbędnych dowodów bądź ze wskazaniem ewentualnych okoliczności, które powodują, że załączenie dowodów nie jest możliwe lub niezasadne, w przypadku, gdy z obiektywnych przyczyn zachodzi taka sytuacja. Zarówno Wykonawca M. jak i Wykonawca Inżynieria Rzeszów udzielili odpowiedzi na powyższe wezwanie. W dniu 28.02.2018r. przedstawiciel Odwołującego stawiał się w siedzibie Zamawiającego w celu dokonania wglądu do protokołu z postępowania oraz załączników do niego. Wyjaśnienia Wykonawcy M. zostały Odwołującemu przekazane jedynie częściowo z uwagi na poczynione przez tego wykonawcę zastrzeżenie wyjaśnień z załączonymi dowodami jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Natomiast w przypadku Wykonawcy Inżynieria Rzeszów,

Zamawiający odmówił udostępnienia do wglądu całości pisma złożonego przez tego wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie z dnia 28 września 2017r., również w części dotyczącej uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Takie działanie Zamawiającego jest całkowicie niezrozumiałe dla Odwołującego. Nawet jeśli bowiem Wykonawca Inżynieria Rzeszów zastrzegł, że samo uzasadnienie stanowi również tajemnicę przedsiębiorstwa, Zamawiający winien takie zastrzeżenie zweryfikować, w szczególności pod kątem, czy zaistniały trzy przesłanki pozwalające na stwierdzenie, że rzeczywiście z tajemnicą przedsiębiorstwa mamy do czynienia, tj. a) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą; b) nie została ujawniona do wiadomości publicznej; c) podjęto w stosunku do niej działania w celu zachowania poufności.

W ocenie Odwołującego, samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stanowić takiej tajemnicy nie może. Co więcej, w przypadku Wykonawcy M., Zamawiający udostępnił Odwołującemu wyciąg z pisma z dnia 06.10.2017r., pomimo tego, że na pierwszych 4 stronach Wykonawcę M. zaznaczył, iż zawierają one tajemnicę przedsiębiorstwa (świadczy o tym pieczęć z napisem „tajemnica przedsiębiorstwa”). Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, iż w dniu 29 września 2017r. Wykonawca M. wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie m. in. art. 8 ust. 1 oraz art. 8 ust. 3 Pzp, polegające na niezasadnej odmowie udostępnienia uzasadnienia do zastrzeżenia jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w załączniku nr 4 do oferty Wykonawcy Inżynieria Rzeszów. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty podniesione w odwołaniu na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, wnosząc również, aby w przypadku nie wniesienia sprzeciwu przez przystępującego wykonawcę Izba umorzyła postępowanie odwoławcze, co też nastąpiło. Dlatego też Odwołujący nie widzi uzasadnienia w obecnym działaniu Zamawiającego, polegającym na odmowie udostępnienia uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących ceny oferty Wykonawcy Inżynieria. Ponadto w ocenie Odwołującego, wyjaśnienia złożone zarówno przez Wykonawcę M. jak i Wykonawcę Inżynieria Rzeszów nie zasługują na to, by w całości być uznawane jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa tych wykonawców.

Przede wszystkim za stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa nie powinna być uznawana przedkładana wraz z wyjaśnieniami Tabela kosztowa, uzupełniona przez wykonawców, a w szczególności ceny jednostkowe. Nie może być skutecznym zastrzeżeniem informacji co do ceny prezentowanej w formularzach cenowych, łącznie stanowiącej cenę brutto oferty podawanej na otwarciu ofert. Próba ukrycia informacji o przyjętych stawkach przed innymi wykonawcami powinna być oceniana krytycznie, gdyż może mieć na celu wyłącznie utrudnienie innym wykonawcom dostępu do zamówienia na przejrzystych zasadach. Trudno bowiem inaczej wyjaśnić utajnienie stawek, po jakich wykonawca zamierza świadczyć usługę. Co ważne informacje prezentowane w formularzach cenowych (podobnie jak ma to miejsce np. w kosztorysach budowlanych) nie zawierały informacji handlowych innych niż cena dla tego konkretnego zamówienia. Nie można zatem na ich podstawie wnioskować o przyszłych wycenach innego zakresu pac. Ponadto, należy zauważyć, iż każdy z

wykonawców składających ofertę w publicznym postępowaniu godzi się z ujawnieniem po otwarciu oferty ceny jaką zaproponował. Ochrona informacji o cenie występuje jedynie do czasu otwarcia ofert i zostaje ujawniona przy publicznym otwarciu ofert. Zasadniczo, nawet wskazanie stawki wynagrodzenia za poszczególne prace, nie może narażać wykonawcy na szkodę, gdyż bez dalszej wiedzy o kanałach dystrybucyjnych, poddostawcach, czy też zasobach kadrowych, ma jedynie znaczenie dla czynności podejmowanych w postępowaniu i może np. powodować podejrzenie co do rażąco niskiej ceny. Próba utajniania informacji w jawnej ofercie, które faktycznie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa prowadzić może do wniosku, iż działania wykonawcy mają wyłącznie na celu utrudnienie innym wykonawcom weryfikacji oferty i złożenie odwołania. Praktyka ta jako patologiczna w jawnym postępowaniu zasługuje na zdecydowaną krytykę, (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 października 2016r. KIO 1889/16).

Zamawiający odnosząc się do argumentacji odwołania podał, że podniesione zarzuty poza zarzutem uwzględnionym są całkowicie niezasadne i niewykazane.

Odnosząc się do zarzutu, że wykonawca M., w sposób nieprawidłowy wskazał, jako osobę do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych, p. N. podniósł, że zarzut ten jest całkowicie nieuzasadniony, gdyż udostępnienie p. N. dla Przystępującego, ma nastąpić w formie bezpośredniej - jak wskazano na podstawie umowy cywilnoprawnej, a więc nie ma tutaj znaczenia, czy osoba ta jest pracownikiem innego podmiotu, czy nie, bowiem udostępnienie nie będzie miało miejsca poprzez umowę- porozumienie z innym podmiotem.

Podał, że w tym zakresie Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, z którego można by wywieść, że treść oświadczenia Przystępującego i p. N., w tym zakresie uległy zmianie i są inne niż to wynika z złożonego pisemnego zobowiązania. W powyższej sytuacji p. N. nie potrzebuje zgody DIM, aby świadczyć funkcję eksperta kierownika robót sanitarnych na rzecz Przystępującego. Uważa, że zarzut w tym zakresie Odwołującego jest zarzutem gołosłownym, niepotwierdzonym jakimkolwiek dowodem.

Odnosząc się do zarzutu drugiego, dotyczącego nie złożenia informacji z KRK dla p. K. G. i J. O., wskazał na jego całkowitą niezasadność, gdyż ww. tylko w chwili składania ofert pełnili funkcję prezesa i wiceprezesa spółki M. Postępowanie prowadzone jest w trybie procedury odwróconej i wykonawca składa dokumenty podmiotowe dopiero w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego i tutaj takie wezwanie miało miejsce w dniu 18.01.2018 roku. Jak wynikało z wyjaśnień Przystępującego, obie ww. osoby zostały odwołane z pełnienia funkcji w zarządzie spółki M. z dniem 30.09.2017, tym samym osoby te nie pełniły funkcji na datę wezwania wykonawcy do przedłożenia dokumentów z KRK.

Przystępujący po stronie Zamawiającego Konsorcjum M. odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku złożenia odpisu z KRK dla K. G. i J. O., wskazał, że osoby te zostały odwołane ze swych funkcji na długo przed terminem wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów, potwierdzających informacje zawarte w JEDZ i tym samym wykonawca winien podać informacje aktualne z KRK, a więc dla aktualnych członków zarządu.

Natomiast co do zarzutu dotyczącego kwestionowania możliwości korzystania z osoby p. R. N., w zakresie pełnienia funkcji eksperta kierownika robót sanitarnych podał, że Konsorcjum celem zapewnienia sobie, iż wstępne informacje składane w JEDZ, są informacjami prawdziwymi już na etapie składania oferty uzyskał od ww. pisemne zobowiązanie, że będzie pełnił funkcję kierownika robót sanitarnych podczas realizacji przedmiotowego zamówienia. Dotychczas zobowiązanie to nie zostało odwołane. W związku z tym jakiegokolwiek insynuacje, o których mówi w odwołaniu IDS-BUD, że osoba ta podjęła pracę w innym podmiocie i nie zamierza pracować dla Przystępującego Konsorcjum są gołosłowne.

Przystępujący Konsorcjum M. wobec uwzględnienia zarzutów w obu odwołaniach dotyczących niezasadnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień Konsorcjum co do podstaw kalkulacji zaoferowanej w ofercie ceny wniósł sprzeciw wobec takiej czynności Zamawiającego. Uzasadniając swoje stanowisko co do prawidłowości objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa treści wyjaśnień w zakresie ceny oferty podał, że jego zdaniem zastrzeżenie takie było zasadne i niezbędne, ponieważ wykonawca posiada specyficzną wiedzę co do wykonywania tego rodzaju robót, nieznaną wprost innym wykonawcom. Stwierdził, że dokumentacja obejmująca wyjaśnienia i objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, jest obszerna, ale wynika to z faktu, że były trzy wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień. Wezwanie pierwsze z dnia 28.09.2017 dotyczyło potrzeby wykazania w układzie tabelarycznym kosztów wykonania zamówienia. W wezwaniu drugim z 03.11.2017 Zamawiający oczekiwał uzupełnienia złożonych wcześniej wyjaśnień, dotyczących wskazanych wyliczeń w Tabeli kosztów oraz przedłożenia dowodów w tym zakresie. Natomiast wezwanie trzecie z 20.12.2017 dotyczyło merytorycznego wykazania zasadności zastosowania określonych rozwiązań technologicznych. Podniósł, że w odpowiedzi na konkretne pytanie Zamawiającego w kolejnych wezwaniach, wykonawca przedstawiał Zamawiającemu uzasadnienie dokonania konkretnego wyliczenia cenowego, poprzez

zastosowanie odpowiedniego rozwiązania technicznego i na udowodnienie realności wykonania zamówienia w tym systemie przedkładał od oferenta dla wykonawcy opis wykonania danego zamówienia w języku właściwym dla danego przedsiębiorcy usługodawcy.

Odnosząc się do zarzutu Konsorcjum Inżynierii Rzeszów, iż niezasadne było objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa tabeli cenowej, gdyż będzie ona załącznikiem do umowy, stwierdził, że wykaz kosztów złożony w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego co do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jest innym wykazem niż ten, który wykonawca będzie musiał podać Zamawiającemu, jako załącznik do umowy. Podkreślił, że zawiera on inne elementy, mające na celu nie tyle wykazanie ceny, ile wskazanie poprawności jej wyliczenia. Stąd Przystępujący uważa, że zastrzeżenie jest prawidłowe, a zawarte tam informacje zasługują na ochronę. Podkreślił, że przedmiotowe zamówienie realizowane jest w formule zaprojektuj i wybuduj i tym samym ujawnienie innym wykonawcom przyjętej przez Przystępującego koncepcji i technologii wykonania zamówienia może spowodować, że inni wykonawcy wykorzystają tę sytuację.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołania na rozprawie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przesłaną przez Zamawiającego, dowodów złożonych na rozprawie przez Odwołujących i Przystępującego Konsorcjum M., oświadczeń stron i uczestników postępowania podane do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołania w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art 8 ust. 1-3 Pzp jest zasadne i tym samym zostało uwzględnione.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba stwierdziła nadto, że Odwołujący posiadają interes we wniesieniu środków ochrony prawnej w postaci odwołania, a Przystępujący poprzez zgłoszenie przystąpienia wykazali interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony, do której zgłosili przystąpienie.

Podkreślenia wymaga kwestia, że stan faktyczny sprawy wynikający z treści odwołań i ten prezentowany przez strony na etapie rozprawy jest taki, jak podany w odwołaniach co skutkuje brakiem potrzeby ponownego jego przedstawiania w tej części uzasadniania przez Izbę.

Na wstępie wskazać należy, że Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie i dopiero na etapie posiedzenia przed KIO oświadczył, że po przeanalizowaniu treści podniesionych zarzutów oraz przedstawionej argumentacji postanowił uwzględnić podniesione w obu odwołaniach zarzuty dotyczące niezasadnego objęcia przez obu wykonawców jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień sposobu skalkulowania ceny ofert.

W wyniku tej czynności Zamawiający uwzględnił jeden zarzut w odwołaniu Konsorcjum Inżynieria i dwa w odwołaniu IDS BUD. Przystępujący Konsorcjum M. od takiej czynności

Zamawiającego (dotyczącej uwzględnienia zarzutów wobec jego oferty w obu odwołaniach) wniósł sprzeciw.

Konsorcjum Inżynieria Rzeszów nie wniosło sprzeciwu od czynności Zamawiającego dotyczącego uwzględnienia zarzutu w odwołaniu IDS-BUD w zakresie wyjaśnień ceny oferty. Powyższa sytuacja powodowała potrzebę rozpoznać w odwołaniu Konsorcjum Inżynieria 5 zarzutów, a w odwołaniu IDS-BUD czterech zarzutów. Zarzut uwzględniony co do którego nie wniesiono sprzeciwu, jako niesporny nie wymagał rozpoznania.

Zarzuty uwzględnione przez Izbę, a dotyczące niezasadnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień Konsorcjum M. w zakresie rażąco niskiej ceny zostaną ocenione przez Izbę łącznie po rozpatrzeniu pozostałych zarzutów z obu odwołań.

W zakresie odwołania KIO 421/18

Odwołujący podniósł zarzuty naruszenia art. 24 ust.1 pkt 16 i 17 i w tym zakresie przedstawił łączną argumentację mającą uzasadniać podniesione zarzuty.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 prawa zamówień publicznych, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

16) 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 kryteria selekcji, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;

17) 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.

W tym zakresie wskazać należy, że omawiany art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wymaga, by działanie wykonawcy (przekazanie wprowadzających w błąd informacji) było zawinione. Jednak może to być wina najłżejszego rodzaju, wynikająca z lekkomyślności lub niedbalstwa. Tym samym nie jest wymagane działanie umyślne, choć takie, jako dalej idące, również spełnia warunki przepisu. W przypadku pkt 17 wystarczy lekkomyślności lub niedbalstwo, a w przypadku pkt 16 potrzeba więcej - wykonawca musi działać umyślnie lub w wyniku rażącego niedbalstwa. Ponadto pkt 16 mówi wyraźnie o wprowadzeniu w błąd zamawiającego, podczas gdy w pkt 17 chodzi jedynie o przekazanie informacji wprowadzających (potencjalnie) w błąd. W zakresie wprowadzenia w błąd art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp ma co do zasady znacznie szerszy zakres niż pkt 16. W przypadku pkt 16, aby mogło dojść do wykluczenia wykonawcy to nieprawdziwe informacje winny dotyczyć tego, że wykonawca deklaruje, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz, że spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji. W przypadku pkt 17 chodzi o każde informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W obu przypadkach jednak niewątpliwym jest, że aby dokonać wykluczenia z powodu podania nieprawdziwych informacji, występuje konieczność ustalenia nieprawdziwości informacji lub nierzetelności w ich przedstawianiu. Pojęcie prawdy na gruncie prawa zamówień publicznych należy rozumieć tak, jak to ma miejsce w języku potocznym, a więc jako zgodność myśli (wypowiedzi) z rzeczywistością, tj. z „faktami” i „danymi” (por. wyrok Sądu Najwyższego z 5 kwietnia 2002 r., II KKN 1095/99). W tym zakresie aktualną należy nadal uznawać tezę z orzeczenia KIO z dnia 19 listopada 2013 r., KIO 2575/13, gdzie Izba wskazała, nie jest wystarczającym dla uznania złożenia nieprawdziwych informacji w ofercie zaistnienie pewnego stanu niepewności, czy wywołanie pewnych wątpliwości, że być może podane informacje nie są ściśle lub błędne, ale niezbędne jest wykazanie tej kwestii.

Również za wyrokiem z 20.03.2017 r., sygn. KIO 382/17 wskazać należy, że przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. jest bardziej pojemna i zawiera w sobie przesłankę wskazaną w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, która stanowi przypadek kwalifikowanego wprowadzenia w błąd zamawiającego.

Podkreślić należy, że Odwołujący, aby skorzystać z dyspozycji tego artykułu w kwestionowaniu prawidłowości czynności wykonawcy winien wykazać w oparciu o niebudzące wątpliwości dowody, spełnienie przez czynność wykonawcy wszystkich przesłanek wymienionych w ww. przepisach. Sam fakt podniesienia wątpliwości w tym zakresie nie może być podstawą do uznania zasadności postawionego w tym zakresie zarzutu. Ponadto z faktu, iż złożone informacje w formie wykazu robót nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie można wnioskować o złożeniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji.

Odnosząc się do meritum zarzutu wskazać należy, iż Odwołujący podnosząc zarzut złożenia przez wykonawcę M. nieprawdziwych informacji (art. 24 ust.1 pkt 16 i 17 Pzp) nie postawił wprost zarzutu, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu wywodząc jednakże pośrednio, że wykonawca warunku nie spełnił. Zdaniem Izby niewątpliwym jest, że przepis art. 24 ust.1 pkt 16 i 17 nie obejmuje podstawy do wykluczenia z pkt 12 ww. artykułu tj. niewykazania spełniania postawionego warunku udziału w postępowaniu. Potrzeba połączenie przedmiotowych podstaw prawnych do wykluczenia ma o tyle istotne znaczenie, że w sytuacji ustalenia, iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający zobligowany jest dokonać wezwania takiego wykonawcy w trybie art. 26 ust.3 Pzp do uzupełnienia treści oferty o brakujące lub niewłaściwe dokumenty. Natomiast jeżeli zostało ustalone niespełnianie warunku udziału w postępowaniu w sytuacji, kiedy wykonawca dopuścił się złożenia nieprawdziwych informacji, czy to w trybie pkt 16 czy 17 ww. przepisu to Zamawiający nie będzie mógł w tym zakresie skorzystać z możliwości wzywania wykonawcy w trybie art. 26 ust.3, gdyż prowadziłoby to do zastąpienia informacji nieprawdziwej inną informacją prawdziwą.

Natomiast jeżeli zostanie ustalone, że wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu to brak jest podstaw do przyjęcia stanowiska dokonania złożenia

nieprawdziwych informacji, gdyż w rzeczywistości ten wykonawca nigdzie nie rozminął się z prawdą (podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 6 maja 2016 r.; sygn. akt KIO 603/16). Powyższego stanowiska nie należy utożsamiać z sytuacją, kiedy wykonawca na potwierdzenie spełnienia warunku udziału wykazuje szereg usług czy robót w Wykazie, gdzie tylko część z nich potwierdza spełnienie warunku. W tym zakresie należy przywołać stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 2 marca 2018 roku sygn. KIO 297/18, iż „Niewątpliwym jest, że wykonawca każdą robotą/usługą z Wykazu zamierza potwierdzać spełnienie warunku udziału, więc każdą taką usługę czy robotę należy ocenić z taką samą starannością. Złożona oferta winna zawierać prawdziwe informacje w każdym jej zakresie”.

W przedmiotowym zarzucie Odwołujący wywodził, iż Konsorcjum M. podając w Wykazie robót informacje, w oparciu o które miało nastąpić wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu podało nieprawdziwe informacje polegające na tym, że referencyjne zamówienie zostało wykonane w sposób prawidłowy. Wskazał, że w umowie ustalono termin wykonania referencyjnego zamówienia na dzień 18 maja 2012 roku, a w rzeczywistości kwota kontraktowa została uzyskana i potwierdzona przez Inżyniera kontraktu dopiero na dzień 02.10.2012 roku. Zamówienie więc wykonano ze znacznym opóźnieniem co zdaniem Odwołującego dyskwalifikuje to zamówienie, jako prawidłowo wykonane. Powyższe miała potwierdzać złożona na rozprawie jako dowód umowy na wykonanie robót koniecznych oraz dwa aneksy. Wskazywał także na rozbieżności w osiągnięciu kwoty kontraktowej na okres 15.06.2012, spowodowanej między innymi rozbieżnością pomiędzy danymi z Wykazu wykonanych robót, a treścią referencji wskazując na rozbieżności co do długości wykonanego kolektora sanitarnego o średnicy 2.0 m.

Odnosząc się do powyższego Izba uznała, że we wskazanych okolicznościach brak jest podstaw do przyjęcia, iż Konsorcjum M. dopuściło się w zakresie przedstawiania robót na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu złożenia nieprawdziwych informacji zarzucanych w zarzucie 2 i 3 odwołania.

Zgodnie z art. 57 ust. 4 lit i) Dyrektywy 2014/24/UE wykluczeniu podlegać winien wykonawca, który przedstawił zamawiającemu wprowadzające go w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na stanowisko w sprawie wykluczenia z postępowania. Tym samym o podstawie do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy - Prawo

zamówień publicznych można mówić wówczas, gdy wykonawca przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd i mogące mieć wpływ na decyzje w sprawach wymienionych w art. 57 ust. 4 lit. i) Dyrektywy. Natomiast jeśli chodzi o podstawę wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 to wskazać należy, że dotyczy on zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wykonawcy poprzez celowe wytworzenie u zamawiającego mylnego przekonania dotyczącego stanu faktycznego związanego z sytuacją wykonawcy. Żadna z powyższych sytuacji nie miała miejsca w tym postępowaniu w zakresie podniesionego przedmiotowego zarzutu.

W oparciu o powyższe Izba stwierdza, że Konsorcjum M. podając w Wykazie informacje co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu złożyło zarówno prawdziwe informacje, jak i te informacje podane w wykazie potwierdzały spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Tym samym brak jest podstaw do uznania za zasadne zarówno zarzutów dotyczących złożenia nieprawdziwych informacji jak i zarzutu dotyczącego braku wezwania Konsorcjum w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie doświadczenia zawodowego niezbędnego do wykazania spełniania postawionych warunków udziału.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku pełnomocnictwa dla p. P. S., który podpisał oświadczenie - zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów dla Konsorcjum M. Izba uznała za niezasadny. W trakcie rozprawy Zamawiający w sposób niewątpliwy wykazał Izbie przez okazanie pełnomocnictwa dla p. P. S., iż ww. podpisując udostępnienia zasobów posiadał upoważnienie w tym zakresie, czego na tym etapie postępowania Odwołujący nie zakwestionował.

W zakresie odwołania Konsorcjum M. - sygn.. KIO 431/18

Odwołujący IDS-BUD w ramach zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego zapisu art. 91 ust. 1 Pzp dotyczącego wyboru najkorzystniejszej oferty podniósł między innymi dwa zarzuty dotyczące zaniechania wezwania Konsorcjum M. w trybie art. 26 ust 3 do uzupełnienia dokumentów oferty mających potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W pierwszym zarzucie odwołujący wskazał, że Konsorcjum M. nie wykazało, iż osoby

pełniące funkcję w Zarządzie spółki, wskazane w JEDZ nie figurują w rejestrze skazanych, gdyż nie została przedłożona informacja z KRK dotycząca wiceprezesa i prezesa spółki.

W tym zakresie Izba wskazuje, iż przedmiotowe postępowanie jest prowadzone w trybie procedury odwróconej, gdzie wykonawca składa dokumenty podmiotowe dopiero w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Takie wezwanie miało miejsce w dniu 18.01.2018r. Niewątpliwym jest, że p. K. G. i J. O. w chwili składania ofert pełnili funkcję prezesa i wiceprezesa spółki M. Jednakże z dniem 30.09.2017r. zostali odwołani z pełnienia funkcji w zarządzie i osoby te nie pełniły już żadnych funkcji w zarządzie na datę wezwania wykonawcy do przedłożenia dokumentów z KRK.

Podkreślić należy, że wraz z wejściem w życie nowelizacji ustawy Pzp z 2016 roku, obowiązek dołączania do oferty lub wniosku szeregu oświadczeń oraz dokumentów został zastąpiony obowiązkiem złożenia oświadczenia, w formie „zwykłej” lub JEDZ. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz spełnia kryteria selekcji, a także nie podlegają wykluczeniu z postępowania. Zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp zamawiający przed udzieleniem zamówienia przy wartości powyżej tzw. progu unijnego, wzywa wykonawcę, którego oferty została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie, aktualnych na dzień złożenia, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp

Wobec powyższego Izba stoi na stanowisku, iż przedkładane w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dokumenty winny być aktualne na datę ich złożenia. Ta aktualność winna dotyczyć nie tylko informacji zawartych w tych dokumentach, ale także (jak w tym przypadku) winna dotyczyć osób pełniących określone funkcje na datę ich złożenia wskazaną w wezwaniu Zamawiającego. Izba wskazuje, że sformułowanie z art. 26 ust.3 Pzp „w terminie przez siebie wskazanym” nie należy odnosić do aktualności oświadczeń lub dokumentów, do uzupełnienia których wykonawca jest wzywany, a do aktualności na termin ich złożenia” (por wyrok KIO z dnia 09 maja 2017 roku sygn. KIO 785/17). Tym samym składane przez wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp oświadczenia lub dokumenty mają być aktualne na dzień wyznaczony w wezwaniu do ich złożenia. Należy zatem przyjąć, że w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca wyznaczył kierunek rozumienia aktualności dokumentów i uznał za aktualne dokumenty potwierdzające stan nie późniejszy niż dzień wyznaczony na ich złożenie (wyrok z dnia 23 listopada 2017 roku sygn. KIO 2356/17). Tym samym zarzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie.

W drugim zarzucie Odwołujący podnosił, że Zamawiający winien był wezwać Konsorcjum M. do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazania się dysponowaniem osobą mającą być skierowaną do pełnienia funkcji eksperta- kierownika robót sanitarnych, ponieważ powoływanie się na osobę wskazaną w ofercie stało się nieaktualne. Udostępnienie osoby p. N., jak wynika z przedłożonego oświadczenia będzie miało charakter bezpośredni, gdyż umowa cywilnoprawna w tym zakresie ma zostać zawarta bezpośrednio pomiędzy Konsorcjum a Panem N. Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu, z którego wynikałoby, że Pan N. wycofuje się ze złożonego zobowiązania. Nadto nie zostało wykazane Izbie, że prezentowane stanowisko w tej sprawie jest zgodne z wolą i intencją samego zainteresowanego w sprawie. Brak jest pełnomocnictwa dla Odwołującego do prezentowania takiego stanowiska od samego zainteresowanego. Fakt, że Pan N. obecnie pracuje u innego podmiotu niż to miało miejsce na etapie składania oświadczenia nie ma żadnego znaczenia dla prawidłowości udostępnienia swojej osoby. Ewentualne zdarzenia, które mogą wystąpić w tej konkretnej sprawie w świetle przedstawionych Izbie dokumentów nie mogą prowadzić do nieuznania, że Konsorcjum nie wykazało dysponowania osobą na określona funkcję przy realizacji zamówienia. Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że

zarzucane naruszenie art. 26 ust.3 jest niezasadne i podniesiony w tym zakresie zarzut nie może zostać uwzględniony przez Izbę.

Również za niezasadny należało uznać zarzut naruszenia art. 7 ust 1 i 3 Pzp. Nie zostało wykazane, iż Zamawiający inaczej traktował na etapie oceny ofert oferty poszczególnych wykonawców. Przestrzeganie zasady z art. 7 ust.1 Pzp polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców.

Przechodząc do oceny zasadności zarzutu podniesionego w obu odwołaniach, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust.3 Pzp, poprzez uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnień Konsorcjum M., na wstępie podkreślić należy, że Izba wielokrotnie wyrażała swoją dezaprobatę wobec bezkrytycznego przyjmowania przez zamawiających zastrzeżenia co do części dokumentów w ofercie wykonawcy, tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zastrzeżenie ma ewidentnie służyć ochronie tajemnicy firmy wykonawcy, a nie utrudnieniu konkurencyjnym wykonawcom weryfikacji prawidłowości oferty wybranej (zob. m.in. wyrok KIO z dnia 22 lutego 2018 roku sygn. 272/18; z dnia 27 grudnia 2012 r. sygn.. KIO 2710/12).

Wskazać należy, iż Zamawiający dopiero na etapie posiedzenia przed KIO uznała swój błąd w tym zakresie i postawione w obu odwołaniach zarzuty w tym zakresie uwzględniła.

Izba podkreśla, że wykonawcy, którzy decydują się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności. Powinni zatem mieć świadomość konsekwencji, iż jeśli ubiegają się o uzyskanie zamówienia finansowanego ze środków publicznych to ich oferty muszą być poddane procedurom określonym w przepisach prawa zamówień publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia szeregu informacji o ich działalności (wyrok KIO z 15 marca 2013 r. sygn. KIO 364/13, oraz KIO 368/13). Ten wymóg transparentności wydatkowania środków publicznych w zbiegu z prawem wykonawcy do utajnienia niektórych treści oferty, nakłada na Zamawiającego szczególnie obowiązek wyważenia racji wykonawcy mając na względzie zasady Pzp, a także interes innych wykonawców biorących udział w postępowaniu (wyrok KIO 9 stycznia 2018 roku 2633/ 17). W innym przypadku zamawiający jest narażony na korektę finansową przyznanych środków finansowych, gdyż czynność ta może mieć istotny wpływ na prawidłowy wybór najkorzystniejszej oferty.

W tym zakresie Zamawiający na wstępie podejmowania stanowiska co do zasadności wniosku Odwołującego o potrzebie objęcia tajemnicą złożonych wyjaśnień, winien ocenić motyw jakimi kierował się wykonawca podejmując taką decyzję, wykazane w uzasadnieniu stanowiska wykonawcy. Ciężar wykazania, że informacje zastrzeżone przez wykonawcę stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy zastrzegającym takie informacje i powyższe wykonawca musi uczynić do upływu terminu składania ofert/wniosków, nie czekając na ewentualne wezwania zamawiającego. Wykonawca składający ofertę musi udowodnić - razem ze złożonym zastrzeżeniem - że istnieją podstawy do nieujawniania informacji zawartych w ofercie (por wyrok KIO z dnia 27 lipca 2015 r. (sygn. akt KIO 1427/15; KIO 1440/15).

Za wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie, w wyroku z dnia 10 stycznia 2014 roku (sygn. akt I OSK 2143/13): wskazać należy, że nie jest możliwe uznanie działania wykonawcy za prawidłowe w sytuacji, kiedy wskazując na potrzebę objęcia danych ofertowych tajemnicą przedsiębiorstwa, uzasadnienie takiej czynności opiera się jedynie na powołaniu uregulowania ustawowego w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykazanie potrzeby ochrony informacji drażliwych dla wykonawcy winno polegać na szczegółowym opisanu argumentacji i wykazaniu aspektu, dlaczego dane informacje winny podlegać ochronie oraz przedstawieniu negatywnych skutków dla wykonawcy w przypadku ujawnienia tych informacji. Wykazanie winno opierać się o obiektywne przesłanki rynkowe.

Nawiązując do powyższych stanowisk ocenie należy poddać treść uzasadnienia potrzeby objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień Konsorcjum. Przedmiotowe uzasadnienie zostało zawarte przy pierwszym wyjaśnieniu prawidłowości ceny oferty z dnia 06.10.2017 roku. Jest ono nadzwyczaj lakoniczne i nie odnosi się nawet w najmniejszym stopniu do treści zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Całość wyjaśnień zawiera się w powołaniu treści art. 11 ust.4 uzk oraz jednego stanowiska z komentarza do tejże ustawy i tezy jednego z orzeczeń sądu okręgowego. Dlatego też już z tego powodu objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny oferty nie spełnia wymogu formalnego z art. 8 ust.3 Pzp, z którego wynika, że wykonawca składając zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje winien „wykazać”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. W związku z tym, iż objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa części dokumentów oferty stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, to wykonawcy, aby uzyskać taką ochronę muszą spełnić zarówno wymagania formalne - z art. 8 ust 1-3 oraz art. 11 ust. 4 uzk, a także objąć tajemnicą tylko te informacje (i w takim zakresie), które obiektywnie taką tajemnicę stanowią.

Należy także dodać, że w zakresie wyjaśnień ceny oferty wykonawca jeszcze dwukrotnie składał wyjaśnienia i tamte wyjaśnienia nie zawierają żadnego uzasadnienia potrzeby objęcia ich ochroną tajemnicy przedsiębiorstwa (potrzeba zastosowania tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być domniemywana).

Oceniając całość złożonych wyjaśnień Konsorcjum Izba stwierdza, że tak przedłożone wyjaśnienia nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Na wyjaśnienia składa się ponad 200 stron różnego rodzaju dokumentów, na które oprócz wyliczeń ceny składają się

różnego rodzaju zapytania ofertowe do różnych podmiotów, a także ponad 50 stron pism w języku angielskim- nieprzetłumaczonych na język polski, a więc o nieznaną treść.

Izba wielokrotnie podkreślała w swoich orzeczeniach, że ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa mogą podlegać tylko informacje co do których wykazano, że spełniają łącznie wymagania z art. 11 ust.4 uznk, a nie plik różnego rodzaju dokumentów z pieczętą o

treści „Tajemnica przedsiębiorstwa”. Wskazać należy, iż ani Zamawiający, ani Izba nie jest uprawniona do ustalania, która treść dokumentów zawarta w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, a która nie. Istotne jest precyzyjne wskazanie, które informacje podlegają zastrzeżeniu i wykazaniu, w jakim aspekcie tajemnicę tę należy oceniać. Jeśli w dokumencie tylko pewien fragment zasługuje na objęcie go tajemnicą przedsiębiorstwa, to ten fakt nie rozciąga tego uprawnienia na cały dokument, czy nawet plik dokumentów.

Izba podkreśla, że ciężar udowodnienia zaistnienia wyjątkowych okoliczności,

uzasadniających utajnienie jawności postępowania i znajdujących oparcie w przepisach ustawy, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał oraz na Zamawiającym - w przypadku, gdy nie zdecydował się on na odtajnienie informacji, których tajność zastrzegł wykonawca. To dzięki prawu do uzyskiwania pełnej informacji o postępowaniu i czynnościach podejmowanych przez zamawiającego wobec konkurencyjnych ofert, wykonawcy mogą skutecznie bronić swoich interesów (wyrok KIO 2633/17 z dnia 9 stycznia 2018 roku).

Przystępujący Konsorcjum M. na rozprawie próbował uzasadniać potrzebę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa złożonych wyjaśnień w zakresie ceny tym, że odtajnienie tych dokumentów może spowodować ujawnienie technologii wykonywania tego typu robót stosowanych przez Konsorcjum. Przeciwno takiemu stanowisku oponował przede wszystkim Zamawiający podając, iż technologie stosowane przy tego typu robotach są powszechnie znane i każdy z wykonawców składających ofertę zaproponował podobny sposób wykonania

zamówienia. W tym zakresie Izba dodaje, że taki argument pojawił się dopiero w stanowisku Przystępującego prezentowanego na rozprawie, natomiast brak jest odniesienia do tej argumentacji w uzasadnieniu potrzeby objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa.

Na marginesie powyższego Izba wskazuje, że Zamawiający wzywał wykonawcę do złożenia wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty, a nie podawania technologii wykonywania robót. Natomiast fakt, że Konsorcjum połączyło w jeden dokument dot. wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, również dziesiątki różnego rodzaju pism nie może uzasadniać przyjęcia, że tak skonstruowane wyjaśnienia zasługują w całości na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie zaoferowanej ceny.

Zdaniem Izby niewątpliwym jest, że zarówno sporządzenie uzasadnienia potrzeby objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, jak i odpowiednie przedstawienie samych wyjaśnień i wyliczeń, jest trudne i wymagające od podmiotu sporządzającego dokumenty w tym zakresie umiejętności analitycznego, zwięzłego przedstawienia faktów, mających na celu rozwianie wątpliwości zamawiającego w tym zakresie. Próba wykazania prawidłowości kalkulacji cenowej poprzez załączanie luźno powiązanych z takimi wyjaśnieniami dokumentów z zasady dyskwalifikuje prawidłowość takich wyjaśnień, gdyż nie jest spełnione wymaganie, aby zastrzegane były informacje, które obiektywnie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy.

Ponadto zauważyć należy, że jeżeli wykonawca dla pełniejszego wykazania prawidłowości kalkulacji ceny oferty, uznaje sam lub w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego za potrzebne, wskazanie zamawiającemu tylko temu dostępnej technologii wykonania zamówienia, kanałów dystrybucji dostaw sprzętu itd. to może te informacje technologiczne zastrzec odrębnie jako tajemnicę przedsiębiorstwa nie łącząc ich ze złożonymi wyjaśnieniami w zakresie zaoferowanej ceny.

Odniesienia Izby wymaga także kwestia podnoszona przez Odwołujące Konsorcjum Inżynieria, że Zamawiający utajnił przed wykonawcami fakt kierowania do Konsorcjum M. kolejnych wezwań do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Izba powyższą sytuację uznaje za niedopuszczalną. Zamawiający nie może utajniać przed wykonawcami czynności dokonywanych w postępowaniu. Zasadnym niekiedy może okazać się potrzeba utajnienia części treści wezwania (pytania mogą dotyczyć np. treści uznanych wcześniej za tajemnicę przedsiębiorstwa), ale nie mogą one dotyczyć faktu samego wezwania.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia rozważania Izba uznaje, że Zamawiający zasadnie uwzględnił zarzuty obu odwołań w tym zakresie. Zarówno treści składające się na wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, jak i zamieszczenie w dokumentach szeregu pism nie odnoszących się do wyjaśnienia podstaw kalkulacji ceny nie uzasadniały uznania tak złożonych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W wyniku analizy złożonych wyjaśnień Izba uznała także, że również same treści zawarte w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny

oferty nie uzasadniały objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Brak jest w tych wyjaśnieniach elementów, które można by przypisać tylko temu wykonawcy oraz wywiedzenia, że tak skonstruowana kalkulacja ceny jest wynikiem znanych tylko temu wykonawcy technologii wykonania tego zamówienia. Tym samym zarzuty obu odwołań w tym zakresie okazały się zasadne i decydowały o uwzględnieniu obu odwołań.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie

zamówienia, co - ze wskazanych wyżej względów - miało miejsc w przedmiotowym postępowaniu w zakresie naruszenia art. 8 ust.3 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 - w przypadku dokonanego rozstrzygnięcia, w którym część odwołania zostaje oddalona, zaś część uwzględniona to zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielania kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek do jego uczestników. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15 oraz w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13.

Orzekając o kosztach postępowania Izba dokonała rozdzielania kosztów stosownie do wyniku postępowania oraz sytuacji, iż po uwzględnieniu części zarzutów odwołania Konsorcjum M. wniosło sprzeciw, który nie został uwzględniony przez Izbę. Wskazać należy, że w obu odwołaniach postawiono po pięć zarzutów, przy czym po zgłoszeniu sprzeciwu co do dwóch zarzutów i nie wniesieniu sprzeciwu co do jednego to do rozpoznania w odwołaniu Konsorcjum Inżynieria pozostało pięć zarzutów, a w odwołaniu Konsorcjum IDS-BUD cztery zarzuty. Uwzględnieniu przez Izbę podlegały tylko zarzuty z obu odwołań, co do których wniesiono sprzeciw. Zamawiający nie przegrał żadnego zarzutu. W związku z powyższym: Konsorcjum Inżynieria obciążały 4/5 kosztu postępowania, Konsorcjum IDS-BUD obciążało % kosztu postępowania odwoławczego, a przystępującego Konsorcjum M. odpowiednio 1/5 i % kosztów obu postępowań.

Kierując się powyższymi ustaleniami o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 ze zm.).

Przewodniczący.....