

Sygn. akt: KIO 1607/18

WYROK
z dnia 27 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2018 r. przez **Control Process EPC Environmental Protection 4 Sp. z o.o., Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** 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: **Budimex S.A., Cadagua SA, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **SEEN Technologie Sp. z o.o., Instal Warszawa S.A., ul. Siennicka 29, 04-394 Warszawa,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zgłaszającego sprzeciw wobec częściowego uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu niezasadnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa w ofercie konsorcjum SEEN Technologie Sp. z o.o. oraz Instal Warszawa S.A. opisu doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia (załącznik nr 4 do IDW Wykaz osób) oraz zobowiązania podmiotu trzeciego i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje odtajnienie ww. dokumentów i dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

2. kosztami postępowania obciąża zgłaszających sprzeciw wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **SEEN Technologie Sp. z o.o., Instal Warszawa S.A., ul. Siennicka 29, 04-394 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Control Process EPC Environmental Protection 4 Sp. z o.o., Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **SEEN Technologie Sp. z o.o., Instal Warszawa S.A., ul. Siennicka 29, 04-394 Warszawa** na rzecz **Control Process EPC Environmental Protection 4 Sp. z o.o., Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** kwotę **23 826 zł 57 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące osiemset dwadzieścia sześć złotych i pięćdziesiąt siedem groszy), stanowiącą równowartość kwoty wpisu oraz koszty wynagrodzenia i dojazdu na rozprawę pełnomocników Odwoławczego.

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 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:

Uzasadnienie

Zamawiający - Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Zadanie III.9 „Modernizacja Zakładu Północnego – Etap II.B”. Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) - zwanej dalej Pzp.

W dniu 10.08.2018r. Odwołujący - Control Process EPC Environmental Protection 4 Sp. z o.o. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od:

- czynności Zamawiającego, podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- zaniechaniu Zamawiającego ujawnienia bezzasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa części ofert oraz korespondencji (wezwań do wyjaśnień oraz wyjaśnień) prowadzonej pomiędzy Zamawiającym oraz Wykonawcą konsorcjum Seen Technologie sp. z o.o. oraz Instal Warszawa S.A.
- zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum Seen jako zawierającej rażąco niską cenę.

Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp przez wybranie oferty konsorcjum Seen w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,
2. art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 2003r, nr 153, poz. 1503 ze zm.) przez zaniechanie ujawnienia części oferty oraz korespondencji pomiędzy konsorcjum Seen a Zamawiającym tj. informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez nie odrzucenie oferty, która zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- unieważnienie lub nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum Seen jako najkorzystniejszej,
- nakazanie Zamawiającemu ujawnienia całości oferty Seen oraz korespondencji pomiędzy konsorcjum Seen a Zamawiającym,
- nakazanie Zamawiającemu wykluczenia konsorcjum Seen z udziału w postępowaniu wobec nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu,

- nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty konsorcjum Seen jako oferty zawierającej rażąco niską cenę,

- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

Odwołujący, wskazując na interes we wniesieniu odwołania i możliwość poniesienia szkody, wskazał, że informację o czynnościach Zamawiającego powziął z treści pisma o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 31 lipca 2018r. W zakresie zaniechań Zamawiającego wskazał, że zwracał się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie utajnionych części oferty oraz korespondencji pomiędzy Zamawiającym oraz konsorcjum Seen, w których to wnioskach zawierał wniosek o informację o podjęciu decyzji w tym zakresie. Zamawiający nie poinformował o podjęciu takiej decyzji, zatem Odwołujący uznał, że wniesienie odwołania na to zaniechanie jest zasadne w związku z upływającym terminem na złożenie odwołania od decyzji w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutów, Odwołujący podniósł, że konsorcjum Seen nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (pkt 5.1.1.2 SIWZ). Wykazane w ofercie realizacje potwierdzone poświadczeniem nr DOZ/284/125/2016 oraz poświadczeniem nr DOZ/284/189/2016 były zrealizowane przez konsorcjum składające się z innych wykonawców niż konsorcjum w tym postępowaniu. Wskazał, że w żadnym z projektów wykonawca Seen nie był liderem konsorcjum wykonującym prace, o których mowa w poświadczeniach. Odwołujący powołał się na wykładnię dokonaną przez TS UE w wyroku z dnia 4 maja 2017r. w sprawie C-387/14, w której TSUE uznał, że nie jest możliwe poleganie na doświadczeniu konsorcjum w pełnym zakresie, a jedynie w tej części, którą wykonawca faktycznie i konkretnie realizował. Konsorcjum Seen nie wykazując jakie części prac wskazanych w poświadczeniach faktycznie i konkretnie realizował wykonawca Seen nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wobec tych okoliczności winien wykluczyć konsorcjum Seen z udziału w postępowaniu, czego zaniechał.

Odwołujący pismami z dnia 4.06.2018r. zwracał się do Zamawiającego o udostępnienie ofert złożonych w postępowaniu oraz udzielenie informacji w zakresie podjęcia decyzji co do skuteczności zastrzeżenia elementów ofert oraz wyjaśnień tajemnicy przedsiębiorstwa. Do momentu złożenia odwołania Zamawiający nie poinformował Odwołującego o podjęciu takiej decyzji. Wobec dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej oraz braku podjęcia przez Zamawiającego w sposób wyraźny decyzji w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa zdaniem Odwołującego, złożenie odwołania w tym zakresie jest konieczne.

Odwołujący wskazał, że aktualna linia orzecznicza KIO wskazuje jednoznacznie na wyjątkowy charakter tajemnicy przedsiębiorstwa, za bezzasadne Izba uznaje zastrzeżenie personelu wykonawcy, w szczególności w zakresie projektantów, kierowników budów czy kierowników robót. Odwołujący podniósł, że w toku poprzedniego postępowania przed KIO (Sygn. akt 1130/18) uzyskał informację, że konsorcjum Seen zostało wezwane do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny i złożyło obszernie wyjaśnienia zawierające ceny jednostkowe, które to wyjaśnienia były jeszcze przez Zamawiającego badane. Jeśli wyjaśnienia zawierały informacje dotyczące ceny oferty to, zdaniem Odwołującego, nie mogą zostać one zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Bezprawne zastrzeżenie informacji zawartych w ofercie i wyjaśnieniach konsorcjum Seen powoduje, że niemożliwa jest pełna weryfikacja prawidłowości oferty, a zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie narusza przepisy o zasadzie jawności postępowania. Naruszenie to wpływa na interes wykonawcy - uniemożliwia mu weryfikację oferty konsorcjum Seen i wykazanie jej niezgodności z wymaganiami dokumentacji przetargowej, a co za tym idzie nieprawidłowego wybrania jej jako oferty najkorzystniejszej.

Z ostrożności, Odwołujący podniósł także zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie konsorcjum Seen. Wskazał, że oferta konsorcjum Seen jest ofertą o cenie niższej niż cena oferty Odwołującego, a Zamawiający postawił ofercie Odwołującego zarzut rażąco niskiej ceny, poparty decyzją o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 28.05.2018r. Odwołujący konstruując swą ofertę użył wszystkich możliwych środków w celu obniżenia zaoferowanej ceny, maksymalnie ograniczając koszty oraz czyniąc wszelkie możliwe oszczędności, zachowując jednak wszystkie wymagane elementy ceny. Bazując na wieloletnim doświadczeniu w ofertowaniu oraz kontraktach biznesowych z dostawcami technologii, podwykonawcami w zakresie budowlanym, Odwołujący jest w pełni przekonany, że nie jest możliwe zaoferowanie ceny niższej bez wystąpienia okoliczności koniecznych do uznania, że cena jest rażąco niska. Zwrócił też uwagę, że cena trzeciej oferty jest znacznie wyższa a oferty były składane ponad pół roku temu, co przy bardzo dynamicznym wzroście cen w zakresie produkcji budowlano-montażowej z dużą dozą prawdopodobieństwa czyni tą cenę rażąco niską.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od wpisu. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp.

Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Działania i zaniechania Zamawiającego, kwestionowane w odwołaniu mogą pozbawić Odwołującego uzyskania zamówienia publicznego.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty odwołania potwierdziły się.

Zarzut zaniechania wykluczenia konsorcjum Seen z uwagi na brak wykazania potwierdzenia spełniania przez tego wykonawcę warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej nie potwierdził się.

Zgodnie z pkt. 5.1.1.2 SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawcy, którzy ubiegają się o udzielenie zamówienia wykazali, że w okresie nie wcześniej niż ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali co najmniej:

- a. 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub modernizacji stacji uzdatniania wody, z tym że robota obejmowała instalację filtrów węglowych i ozonowania, o wydajności stacji co najmniej $Q=60\ 000\text{m}^3/\text{d}$, o wartości roboty budowlanej równej lub większej od wartości stanowiącej równowartość 30 000 000 zł bez podatku VAT.
- b. 1 usługę (umowę) polegającą na wykonaniu odebranego przez zamawiającego projektu budowlanego dla inwestycji filtrów węglowych i ozonowania, o wydajności stacji co najmniej $Q=60\ 000\text{m}^3/\text{d}$ i wartość usługi (umowy) równej lub większej od wartości stanowiącej równowartość 500 000 zł bez podatku VAT.

Celem potwierdzenia powyższych wymagań konsorcjum Seen, składające się z SEEN Technologie Sp. z o.o. oraz Instal Warszawa S.A. wykazało się realizacjami wykonanymi na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. (Zamawiającego) polegającymi na:

- wykonaniu usługi projektowej dla zadania „Modernizacja technologii w Zakładzie Wodociągu Centralnego – ozonowanie pośrednie i filtracja na węglu aktywnym”. Zadanie było realizowane na rzecz MPWiK S.A. w Warszawie przez konsorcjum w składzie: Mostostal Warszawa S.A., Seen Technologie sp. z o.o. oraz Energotechnika sp. z o.o. Wartość projektu przekraczała 500tys. i obejmowała instalację filtrów węglowych i ozonowania, wydajność stacji wynosiła co najmniej $Q=60\ 000\text{m}^3/\text{d}$. Na potwierdzenie realizacji tego zamówienia konsorcjum Seen przedstawiło Protokół odbioru końcowego

Robót (załącznik do Świadectwa Przejęcia Robót) z dnia 28.10.2010r. oraz poświadczenie nr DOZ/284/189/2016 z dnia 27.09.2016r. wydane przez Zamawiającego. (w aktach sprawy).

- wykonaniu roboty budowlanej dla zadania „Modernizacja technologii w Zakładzie Wodociągu Centralnego - ozonowanie pośrednie i filtracja na węglu aktywnym”. Zadanie było realizowane na rzecz MPWiK S.A. w Warszawie przez konsorcjum w składzie: Mostostal Warszawa S.A., Seen Technologie sp. z o.o. oraz Energotechnika sp. z o.o. Robota polegała na rozbudowie technologii uzdatniania wody i obejmowała instalację filtrów węglowych i ozonowania, o wydajności stacji co najmniej $Q=60\ 000\text{m}^3/\text{d}$, a wartość roboty budowlanej była większa od wartości stanowiącej równowartość 30 000 000 zł. Na potwierdzenie realizacji tego zamówienia konsorcjum Seen przedstawiło poświadczenie nr DOZ/284/189/2016 z dnia 27.09.2016r. wydane przez Zamawiającego. (w aktach sprawy)

- wykonaniu roboty budowlanej dla zadania „Roboty budowlane polegające na rozbudowie i modernizacji Stacji Uzdatniania Wody Praga”. Zadanie było realizowane na rzecz MPWiK S.A. w Warszawie przez konsorcjum w składzie: Seen Technologie sp. z o.o., Instal Warszawa S.A. oraz IDS-BUD S.A. Robota polegała na rozbudowie technologii uzdatniania wody i obejmowała instalację filtrów węglowych i ozonowania, o wydajności stacji co najmniej $Q=60\ 000\text{m}^3/\text{d}$, a wartość roboty budowlanej była większa od wartości stanowiącej równowartość 30 000 000 zł. Na potwierdzenie realizacji tego zamówienia konsorcjum Seen przedstawiło poświadczenie nr DOZ/284/125/2016 z dnia 2.06.2016r. wydane przez Zamawiającego. (w aktach sprawy).

Izba dopuściła jako dowody w sprawie, złożone przez Przystępującego konsorcjum Seen:

- kontrakt z dnia 7.08.2007r. na Modernizację Technologii w Zakładzie Wodociągu Centralnego - ozonowanie pośrednie i filtracja na węglu aktywnym,
- umowę z dnia 21.05.2007r. o utworzeniu konsorcjum na Modernizację Technologii w Zakładzie Wodociągu Centralnego - ozonowanie pośrednie i filtracja na węglu aktywnym,
- umowę z dnia 16.10.2007r. wykonawczą o wspólną realizację zadania p.n. Modernizacja Technologii w Zakładzie Wodociągu Centralnego - ozonowanie pośrednie i filtracja na węglu aktywnym wraz z załącznikiem,
- kontrakt z dnia 2.10.2013r. na rozbudowę technologii uzdatniania wody Zakładu Wodociągu Praskiego,
- aneks nr 1 z dnia 14.03.2014r. do umowy konsorcjum na rozbudowę technologii uzdatniania wody Zakładu Wodociągu Praskiego wraz z załącznikiem,
- protokół nr 1 z narady Rady Dyrektorów w dniu 5.03.2008r., protokół nr 013 wraz z listą obecności, protokół na narady koordynacyjnej nr 45 z dnia 19.11.2014r. dot. rozbudowy technologii uzdatniania wody Zakładu Wodociągu Praskiego,
- notatki ze spotkań z dnia 31.03.2014r. oraz 28.04.2014r.

Izba dopuściła ww. dowody i w oparciu o nie dokonała oceny stanu faktycznego sprawy. Uprawnienie strony do złożenia dowodów wynika z treści art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody na poparcie swoich twierdzeń aż do zamknięcia rozprawy a Izba wydając wyrok bierze pod uwagę stan sprawy ustalony w toku postępowania odwoławczego. (art. 191 ust.2 Pzp). Z tych względów Izba uznała za niezasadny wniosek Przystępującego Budimex o pominięcie przy rozpoznawaniu sprawy tych dowodów z uwagi na to, że są one spóźnione.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego co do braku potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez konsorcjum, którego liderem jest SEEN. Stanowisko Odwołującego w tym zakresie oparte było na twierdzeniu, że skoro konsorcjum, które złożyło ofertę nie jest tożsame z konsorcjum, które realizowało referencyjne zadania to konsorcjum Seen w tym postępowaniu o zamówienie publiczne nie może powoływać się na doświadczenie zdobyte w ramach innego konsorcjum, w którym działał jako członek konsorcjum. W ocenie Izby, z samego faktu, że wykonawca SEEN nie pełnił funkcji lidera konsorcjum przy realizacji referencyjnych usług i robót budowlanych nie można wywieść wniosku, jaki stawia Odwołujący, iż wykonawca ten nie nabył przy realizacji tych zamówień doświadczenia i nie może legitymować się tym doświadczeniem w innych postępowaniach o zamówienie publiczne.

Izba w pełni aprobuje pogląd wyrażony w orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 4.05.2017r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt, w którym w motywie 89 TSUE stwierdził, iż „Artykuł 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji.” Z przywołanej tezy orzeczenia wynika, że w sytuacji, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. Istotnym jest to, że oceny tej należy dokonywać w konkretnych okolicznościach stanu faktycznego, bowiem z samego faktu, że zamówienie było realizowane przez grupę podmiotów działających wspólnie nie wynika, że uczestnik tego konsorcjum nie nabył doświadczenia w realizacji tego zamówienia publicznego, *ergo* nie może tym doświadczeniem legitymować się w kolejnych postępowaniach o zamówienie publiczne, działając w innym składzie konsorcjum.

Zauważyć też należy, że przepisy Pzp uprawniają zamawiającego do określenia szczególnego, obiektywnie uzasadnionego sposobu spełniania przez konsorcja warunków udziału w postępowaniu, jeśli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne (art. 23 ust. 5 Pzp). Zamawiający może także w uzasadnionych przypadkach ustalić warunki realizacji zamówienia przez konsorcja w inny sposób niż w przypadku wykonawców występujących samodzielnie (art. 23 ust. 6 Pzp). W analizowanym stanie faktycznym Zamawiający nie określił żadnych szczególnych wymagań co do potwierdzenia spełniania warunków udziału przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, co oznacza, że spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez konsorcjum należy oceniać na zasadach ogólnych, mając na uwadze przepisy art. 23 ust.1 i 3 Pzp, z których wynika uprawnienie do wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz konieczność odpowiedniego stosowania do konsorcjum przepisów dotyczących samego wykonawcy.

Niezależnie od powyższych wywodów, Izba doszła do przekonania, że w analizowanej sprawie, Przystępujący konsorcjum Seen w sposób nie budzący wątpliwości wykazał, że wykonawca Seen brał czynny i faktyczny udział w realizacji referencyjnych przedsięwzięć. Za istotną w sprawie Izba uznała także okoliczność, że wszystkie referencyjne zadania, wykazane przez Przystępującego konsorcjum Seen zostały zrealizowane na rzecz samego Zamawiającego (MPWiK w m. st. Warszawa). Zatem to Zamawiający ma pełną wiedzę na temat ich należytej realizacji, zakresu prac wykonanych przez poszczególnych członków konsorcjum i zgodnie z § 1 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. poz. 231) w takiej sytuacji, wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów, o których mowa w ust. 2 tego przepisu tj. poświadczeń, referencji i innych dokumentów. Zamawiający może oprzeć swoją ocenę co do należytego wykonania prac na własnej wiedzy.

Mimo powyższej regulacji, w tym postępowaniu o zamówienie publiczne, Przystępujące konsorcjum Seen złożyło poświadczenia należytego wykonania referencyjnych zadań. Podkreślić też należy, że Zamawiający nie żądał żadnych innych dokumentów, ponad poświadczenia należytego wykonania prac, w tym w szczególności nie wymagał w SIWZ przedstawienia jakichkolwiek dodatkowych dokumentów do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia celem wykazania faktycznie wykonanych przez nich zadań w ramach danego przedsięwzięcia.

Izba ustaliła, że z umowy konsorcjum z dnia 21 maja 2007r. wynika, że wykonawca SEEN jako uczestnik konsorcjum był odpowiedzialny za opracowanie kompletnego projektu budowlanego i wykonawczego wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę dla zadania pn. „Modernizacja Technologii w Zakładzie Wodociągu Centralnego - ozonowanie pośrednie i filtracja na węglu aktywnym”. Odmienne stanowisko Odwołującego w tym zakresie i jego wątpliwości co do zakresu faktycznie wykonanych prac pozostały przed dowodu. Zdaniem Izby, dowody zgromadzone w sprawie potwierdzają, że wykonawca SEEN faktycznie zrealizował usługę projektową, nabył doświadczenie, którym może wykazać się w tym postępowaniu o zamówienie publiczne, działając w ramach innego konsorcjum.

Konsorcjum Seen potwierdziło także, że spełnia wymagania dotyczące roboty budowlanej określonej w warunku udziału w postępowaniu, przedstawiając w tym celu dwie realizacje spełniające wymagania SIWZ.

W zakresie zadania pn. „Modernizacja technologii w Zakładzie Wodociągu Centralnego - ozonowanie pośrednie i filtracja na węglu aktywnym”, Izba ustaliła, że z załącznika nr 1 do umowy wykonawczej Wykaz cen - zestawienie zbiorcze - wynika, że wykonawca Seen wykonał roboty technologiczne, instalacyjne i AKPiA. Z kolei w umowie konsorcjum wskazano, że wykonawca Seen był odpowiedzialny za dostawę i montaż wyposażenia technologicznego, montaż rurociągów oraz przeprowadzenie pełnego rozruchu technologicznego. Przystępujący konsorcjum Seen wykazał także, iż aktywność wykonawcy Seen nie ograniczała się wyłącznie do ww. prac, bowiem brał on także czynny udział w toku całej realizacji w tzw. Radzie Dyrektorów i Zarządzie Budowy, która zarządzała i organizowała całe przedsięwzięcie. Nie ulega zatem wątpliwości, że był aktywnie zaangażowany w realizację roboty budowlanej polegającej na modernizacji stacji uzdatniania wody w Zakładzie Wodociągu Centralnego. Również w tym przypadku, Odwołujący nie przedstawił żadnego przeciwnego dowodu na okoliczność braku realizacji przez wykonawcę SEEN wskazywanego zakresu prac.

W zakresie zadania „Roboty budowlane polegające na rozbudowie i modernizacji Stacji Uzdatniania Wody Praga” należy przede wszystkim zauważyć, że było ono wykonywane przez obu członków konsorcjum, ubiegających się o udzielenie tego zamówienia publicznego: Seen Technologie Sp. z o.o. oraz Instal Warszawa S.A. Liderem konsorcjum realizującym referencyjną inwestycję był IDS - BUD S.A. Z załącznika do aneksu nr 1 umowy konsorcjum, zawartego dnia 14.03.2014r. wynika, że za większość prac budowlanych byli odpowiedzialni wykonawcy Seen i Instal, którzy realizowali roboty budowlane obiektów podstawowych (budynek filtrów pospiesznych, pompownię pośrednią, budynek ozonowania i filtrów węglowych, branża sanitarna, część branży elektryczne i AKPiA).

Nie ulega zatem wątpliwości, że faktycznie i konkretnie uczestniczyli w realizacji tego przedsięwzięcia, nabyli doświadczenie w rozbudowie technologii uzdatniania wody i mogą tym doświadczeniem legitymować się w kolejnych postępowaniach o zamówienie publiczne.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1, art. 7 ust. 1 oraz art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji polegającego na zaniechaniu ujawnienia części oferty oraz korespondencji prowadzonej z konsorcjum Seen zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, Izba uznała, że stanowisko Zamawiającego i Przystępującego konsorcjum Seen, iż zarzut ten jest wniesiony z uchybieniem ustawowego terminu jest niezasadne. Zdaniem Izby, z samego dokumentu pn. Udostępnienie Dokumentacji, na który powoływały się strony postępowania wynika, jedynie, że w dniu 29.05.2018r przedstawicielowi Odwołującego - panu M. L. - udostępniono ofertę konsorcjum SEEN, za wyjątkiem informacji zastrzeżonych przez wykonawcę. Z dokumentu tego nie wynika, że Zamawiający zakończył czynność badania oferty pod kątem zasadności objęcia części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa. Jak wynika z wyjaśnień Odwołującego zwracał się on w późniejszym terminie (4.06.2018r.) do Zamawiającego o udostępnienie ofert oraz udzielenie informacji w zakresie podjęcia decyzji co do skuteczności zastrzeżenia części oferty konsorcjum Seen, jednak wnioski te pozostały bez odpowiedzi. Brak jednoznacznej deklaracji co do podjęcia decyzji przez Zamawiającego o skuteczności poczynionego w ofercie zastrzeżenia powoduje, że termin na wniesienie odwołania na zaniechanie odtajnienia części oferty należy liczyć od dnia poinformowania o wyborze oferty najkorzystniejszej. Najpóźniej bowiem w tej dacie należy uznać, że Zamawiający zakończył proces badania i oceny oferty, również pod kątem skuteczności poczynionego w niej zastrzeżenia. Wobec tego Izba rozpoznała zarzut merytorycznie i stwierdziła co następuje: W toku rozprawy Odwołujący doprecyzował, że w jego ocenie niezasadnym jest objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień udzielonych przez konsorcjum Seen w trybie art. 90 ust. 1 Pzp oraz części oferty w zakresie dotyczącym wykazu personelu i jego doświadczenia.

Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wynikająca z art. 8 ust. 1 Pzp jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. W myśl art. 8 ust. 3 ustawy, 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, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przepis ten

nakłada na wykonawcę obowiązek wykazania Zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, wykonawca zobowiązany jest udowodnić łączne wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993r o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 2003, nr 153 poz. 1503 ze zm.), tj.:

1. informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
2. informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Zgodnie z wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Opolu z dnia 22 lutego 2018 r. II SA/Op 4/18 „na tajemnicę przedsiębiorstwa składają się należące do tego podmiotu takie informacje, których przekazanie, ujawnienie lub wykorzystanie albo nabycie od osoby nieuprawnionej zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy. Warunkiem respektowania tej tajemnicy jest uprzednie złożenie w odniesieniu do konkretnych informacji zastrzeżenia, że nie mogą być one udostępnione”.

Zdaniem Izby, oceny skuteczności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa pewnych informacji należy dokonywać *ad casum*, mając na uwadze uzasadnienie podane przez wykonawcę, zakres i charakter informacji, co do których wykonawca podjął starania o ich nieudostępnianie. Oceniając powyższe przesłanki, Izba doszła do przekonania, że Przystępujący konsorcjum Seen w sposób skuteczny wykazał w złożonym w dniu 20.04.2018r. uzasadnieniu objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa, że informacje zawarte w tych wyjaśnieniach, udzielonych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i zasługują na ochronę prawną. Informacje te pokazują pewne założenia i metody kalkulacji ceny oferty, która w przyjętej przez Zamawiającego w tym postępowaniu formule „zaprojektuj i wybuduj” ma szczególnie istotne znaczenie i stanowi pewnego rodzaju know-how danego wykonawcy. Na tym etapie postępowania o zamówienie publiczne brak kompleksowego projektu realizacji zamówienia, wykonawcy kalkulując cenę oferty opierali się jedynie na ogólnych założeniach Programu Funkcjonalno -Użytkowego (PFU), co dopuszczało pewną dowolność w przyjętych przez wykonawców rozwiązaniach a tym samym budowaniu strategii ceny oferty. Informacje objęte tajemnicą zawierają dane dotyczące nazw kontrahentów, podwykonawców i dostawców kooperujących z wykonawcą. W ofertach technicznych i handlowych podano konkretnie ustalone stawki, przysługujące temu wykonawcy rabaty. Informacje te jako informacje odnoszące się do ustaleń pomiędzy wykonawcą a jego kontrahentami stanowią wartość gospodarczą danego przedsiębiorcy, która podlega

ochronie prawnej jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zgodnie z wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 29 sierpnia 2017 r. II SA/Wa 446/17 do informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa zalicza się dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu.

Zauważyć także trzeba, że pozostali wykonawcy również zastrzegli, iż udzielone przez nich wyjaśnienia w zakresie ceny oferty, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z uwagi na uznanie, iż skutecznym jest objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień udzielonych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp Izba rozpoznała, podniesiony przez Odwołującego z ostrożności procesowej, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum Seen jako zawierającej rażąco niską cenę i uznała ten zarzut za niezasadny. Na wstępie wskazać należy, iż Zamawiający poinformował, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć 128 977 800zł. W postępowaniu wpłynęły 3 oferty: 1. Konsorcjum Seen - 127 674 000zł, 2. Control Process EPC (..) – 131 532 510 zł, 3. Konsorcjum Budimex - 153 216 176,31 zł. Powyższe wskazuje, że cena oferty konsorcjum Seen jest zbliżona do kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia i jest jedynie 3% niższa od ceny oferty Odwołującego. Z samego faktu, iż cena oferty konsorcjum Seen jest niższa od ceny zaoferowanej przez Odwołującego nie wynika, że cena ta jest rażąco niska.

Złożone przez konsorcjum Seen wyjaśnienia są obszerne, a przede wszystkim konkretne i potwierdzają możliwość realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę. Wykonawca przedstawił rzetelną kalkulację ceny oferty, którą poparł załączonymi do wyjaśnień ofertami podmiotów, z którymi współpracuje, gdzie pokazano konkretne ceny, rabaty. Wszystkie te okoliczności pozwalają uznać, że wyjaśnienia są wiarygodne i możliwa jest realizacja tego zamówienia publicznego za zaoferowaną cenę.

Izba uwzględniła zarzut niezasadnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu osób wyznaczonych do realizacji zamówienia oraz zobowiązania podmiotu trzeciego. Zarzut ten został uwzględniony przez Zamawiającego w toku posiedzenia przed Izbą a Przystępujący konsorcjum Seen wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w tej części, wnosząc o oddalenie tego zarzutu.

Izba uznała, że informacje dotyczące personelu: imię i nazwisko, funkcja, doświadczenie i wykształcenie osób, informacje o podstawie dysponowania osobami wyznaczonymi do realizacji zamówienia nie stanowią informacji, które mogłyby polegać ochronie prawnej w tym postępowaniu o zamówienie publiczne. Twierdzenie, że informacja w wykazie osób stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa jest pozbawiona podstaw w rozumieniu art. 11 ust. 4 w związku z art. 1 i art. 3 ust. 1 uznk. Informacji o wykształceniu, kwalifikacjach i doświadczeniu zawodowym osób nie można uznać za informacje stanowiące własność przedsiębiorstwa,

stanowią one własność osób współpracujących z przedsiębiorstwem i tylko osoby te są ich dysponentami. Niezasadnym jest argumentacja Przystępującego konsorcjum Seen, że zachowanie w poufności danych personelu uzasadnione jest z uwagi na ewentualną możliwość „podkupienia” osób przez konkurencję i możliwość poniesienia szkody, jaką mógłby ponieść wykonawca w przypadku zerwania współpracy przez tę osobę. Wskazać należy, że aby uniknąć takich sytuacji, właściwym byłoby wprowadzenie w ramach porozumień z tymi osobami postanowień dotyczących zakazu konkurencji lub zawarcie umów „na wyłączność”. Powoływanie się na tajemnicę przedsiębiorstwa jako narzędzie do ochrony danych osobowych i doświadczenia personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia w świetle zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest, w ocenie Izby, nieuzasadnione. Podobną tezę wyraziła Izba w wyroku z dnia 12 stycznia 2015 r. Sygn. akt KIO 2784/14, wyroku z dnia 26 lipca 2013 r. Sygn. akt KIO 1696/13, wyroku z 6 lutego 2017 r. Sygn. akt KIO 102/17; KIO 110/17.

Jednocześnie Izba uznała, że koniecznym jest uwzględnienie odwołania bowiem wykazane naruszenie w postaci zaniechania udostępnienia wykazu personelu może mieć wpływ na wynik postępowania o zamówienie publiczne. Zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba stwierdziła, że wykazane naruszenie art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp polegające na nieprawidłowej ocenie przez Zamawiającego, iż w odniesieniu do zastrzeganych informacji dotyczących wykazu personelu zachodzą przesłanki definicji legalnej pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Powyższe może umożliwić innym wykonawcom skuteczne korzystanie ze środków ochrony prawnej w takim zakresie, w jakim nie mogli z nich korzystać z uwagi na nieudostępnienie im pełnej oferty złożonej przez konkurenta.

Zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy zamawiający uwzględnił część zarzutów, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów odwołania, Izba zasądza od wnoszącego sprzeciw równowartość kwoty wpisu na rzecz odwołującego oraz koszty, o których mowa w § 3 pkt 2, na rzecz odwołującego lub zamawiającego. Uwzględniając powyższe, Izba zasądziła do Przystępującego konsorcjum Seen na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego, na które składały się: wysokość wpisu, koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego i koszty dojazdu na rozprawę.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: