

Sygn. akt: 904/17

Sygn. akt: 912/17

WYROK

z dnia 29 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek
Emil Kuriata
Luiza Łamejko

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 maja 2017r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 maja 2017 r. przez:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: N. S. and N. Sp. z o. o., S. Sp. z o. o, S. Sp. z o. o, S. Sp. z o. o. ul. (...) (sygn. akt KIO 904/17),
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: N. S.A., M. Sp. z o.o., ul. (...) (sygn. akt KIO 912/17),

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. (...).**

przy udziale:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **K. C. Sp. z o.o., K. C. AG, K. C. F. S.A.S., P. S.A. ul. (...)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 904/17 po stronie odwołującego
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **N. S.A., M. Sp. z o.o. ul. (...)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 904/17 po stronie odwołującego.
3. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **C. R. I. Group Co. Ltd., C.. C. r. E. B. (Group) Co. Ltd., S. C. T. S. A. M., Y. R. (...)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 90417 po stronie zamawiającego.
4. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **T. P. Sp. z o.o., T. P. S.A., H. P. Sp. z o.o., R. S.A. ul. (...)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 904/17 po stronie zamawiającego.

5. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie Konsorcjum: **Z. S.A., K. Z. A. S.A. ul. (...)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 904/17 po stronie zamawiającego.
6. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **C. R. I. G. Co. Ltd., C. C. r. E. B. (G.) Co. Ltd., S. C. T. S. A. M., Y. R. (...)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 912/17 po stronie zamawiającego.
7. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **N. S. and N. Sp. z o.o., SPC-1 Sp. z o.o., SPC-2 Sp. z o.o., SPC-3 Sp. z o.o. ul. (...)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 912/17 po stronie zamawiającego.
8. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Z. S.A., K. Z. A. S.A. ul. (...)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 912/17 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołania,

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: N. S. and N. Sp. z o. o., S. Sp. z o. o, S.. z o. o, S. Sp. z o. o. ul. (...)** oraz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: N. S.A., M. Sp. z o.o. ul. (...)** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: N. S. and N. Sp. z o. o., S. Sp. z o. o, S. Sp. z o. o, S. Sp. z o. o. ul. (...)** oraz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: N. S.A., M. Sp. z o.o., ul. (...)** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: N. S. and N. Sp. z o. o., S. Sp. z o. o, S. Sp. z o. o, S. Sp. z o. o. ul. (...)** na rzecz **PKP**

Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. (...) kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą w sprawie o sygn. akt KIO 904/17,

2.3. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: N. S.A., M. Sp. z o.o. ul. (...)** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. (...)** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą w sprawie o sygn. akt KIO 912/17,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na budowę infrastruktury systemu ERTMS/GSM-R na liniach kolejowych PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w ramach NPW ERTMS. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26.09.2015r. pod poz. 2015/S 187-340003.

W dniu 5 maja 2017r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odwołania w zakresie części I zamówienia, wniesione przez wykonawców: N. S. and N. Sp. z o.o. (Sygn. akt KIO 904/17) oraz konsorcjum: N. S.A. i M. sp. z o.o. (Sygn. akt KIO 912/17).

KIO 904/17

Odwołujący – N. S. and N. Sp. z o. o. - wniósł odwołanie wobec czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, o której wynikach został poinformowany w dniu 25 kwietnia 2017r. Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył:

1. art. 8 ust 3 przez zaniechanie odtajnienia informacji we wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, mimo iż wykonawcy nie wykazali, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,
2. art. 9 ustawy poprzez odstępnie od zasady, iż postępowanie prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej oraz § 7 ust 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów (Dz. U. z 2013 r. poz. 231),
3. art. 14 ustawy w zw. z art. 701 § 4 Kc przez odstępnie w toku oceny wniosków od zasad ich oceny i wymagań ustalonych w ogłoszeniu,
4. art 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w zw. z art. 22 ust 1 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu bądź nie wykazali ich spełniania,
5. art. 26 ust. 3 poprzez zaniechanie wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów, które nie zostały złożone wraz z wnioskiem lub złożone zawierają błędy,
6. art. 7 ust. 1 oraz art. 26 ust 2b w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 22 ust 1 pkt 2 oraz art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 58 Kc oraz właściwymi w sprawie przepisami dyrektywy 2004/17/WE i art 288 TSUE poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy powołując się na potencjał innych podmiotów (w zakresie wiedzy i doświadczenia) nie wykazali, że powołanie to zachodzi w sytuacji o której mowa w dyrektywie (tzw. „stosowna” sytuacja) lecz jedynie w celu uzyskania zaproszenia do składania ofert grupy podmiotów, z których każdy przy wykonywaniu zamówienia będą posługiwać się zdolnościami tego samego podmiotu udostępniającego potencjał wiedzy i doświadczenia, co prowadzi do wniosku, że wielość wniosków posługujących się tym samym potencjałem to zmowa przetargowa, o której mowa w art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a więc czynność nieważna na podstawie art. 58 Kc i bez wątpienia służąca wyłącznie wyeliminowaniu jak największej liczby konkurencyjnych wykonawców z możliwości złożenia ofert.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. weryfikację przez KIO informacji w zastrzeżonych częściach wniosków potwierdzających zasadność zarzutów formułowanych w odwołaniu,

2. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków lub wobec których zachodzą inne wykazane w treści odwołania podstawy wykluczenia,
3. wezwanie wykonawców do uzupełnienia tych dokumentów, których nie złożyli, a brak ten nie był już przyczyną skierowania przez zamawiającego wezwań do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust 3 ustawy,
4. odtajnienie treści wniosków, co do których nie wykazano zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa,
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący, wskazując na interes we wniesieniu odwołania i możliwość poniesienia szkody, podniósł, że zamawiający naruszył art. 8 ust.3 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia informacji we wniosku konsorcjum B. N. R. R.&D. I. od S. & C. Group Co Ltd. mimo, że wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu wskazał, że wykonawca przez jedno zdanie wskazał, że informacje zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa nie mogą być ujawnione, gdyż szczegółowo opisują jego potencjał i posiadają wartość. Tajemnicą przedsiębiorstwa zgodnie z jej ustawową definicją mogą być tylko informacje co do których wykazano należyta staranność w ich zabezpieczeniu. Brak tej należytej staranności poprzez nieprzekazanie uzasadnienia niejawności informacji, a tym samym narażenie się na konieczność uznania ich jawnego charakteru jest aż nadto widoczny. Informacje nie mogą więc korzystać z przymiotu tajemnicy, gdyż utraciły jej konstytutywny składnik jakim jest staranność zabezpieczenia. Brak ujawnienia tych informacji przez zamawiającego jest sprzeczny z zasadą jawności postępowania określoną w art. 8 ustawy Pzp. Naruszenie zasady jawności postępowania, w tym prawa wglądu do pełnej treści oferty powoduje uszczerbek prawny w uzyskaniu zamówienia lub zagraża jego powstaniem. Zamawiający jest zobowiązany do badania czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa rzeczywiście stanowią tajemnicę w rozumieniu art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2010.03.01, KIO/UZP 6/10). Ponadto podniósł, że przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp zakreśla wyraźny termin, do upływu którego wykonawca ma możliwość zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Jest to termin składania ofert lub dla dokumentów stanowiących o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu, termin składania wniosków i muszą być to złożone w tym terminie faktyczne wyjaśnienia niejawnego charakteru informacji nieujawnianych. Odwołujący powołał orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z 2014.08.07 KIO 1529/14, zgodnie z którym Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania i co najmniej uprawdopodobnienia, że

zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób uprawniony, zaś brak wyjaśnień lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia. Wskazał, że z taką sytuacją mamy miejsce w niniejszym przypadku. Wykonawca nie podjął nawet próby wykazania w jaki sposób informacje te zastrzegane są w jego bieżącej działalności i że nie można się z nimi zapoznać w legalny sposób. Nie wykazał w ten sposób, że informacje posiadają cechę skutecznego zabezpieczenia poza postępowaniem przetargowym, co także odbiera im charakter tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia informacji we wniosku konsorcjum Z.S.A., a także konsorcjum C. R. G. Go LTD, mimo iż żaden z tych wykonawców nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, Odwołujący podniósł, że aktualne są wszelkie argumenty dotyczące bezskutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa sformułowane wobec wniosku konsorcjum B. N. R. wskazane wyżej. Dodał, że w części jawnej wniosków tych wykonawców brak jest całkowicie uzasadnienia zastrzeżenia informacji we wniosku. O ile więc takiej informacji nie było- w części jawnej powinna znajdować się informacja, czemu uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa nie można ujawnić tj. jakie tajemnice zawiera. Brak takiego uzasadnienia wobec zasadności utajnienia uzasadnienia tajemnicy powoduje, że informacje w uzasadnieniu nie mogą być tajne. Mimo to zamawiający takiego uzasadnienia wobec uzasadnienia nie ujawnił. Jeśli jest ono w części tajnej wniosku - zamawiający naruszył przepis poprzez jego nieujawnienie. Jeśli uzasadnienia brak - ujawnieniu jak już podnoszono powinien ulegać cały wniosek, a brak uzasadnienia nie podlega uzupełnieniu.

Odnosnie zarzutu nie wykazania braku podstaw wykluczenia przez konsorcjum z liderem T. P. Sp. z o.o. - tj. naruszenia art. 24 ust 1 pkt 2 oraz pkt. VI.3.1.3 ogłoszenia o zamówieniu w z art. 9 ust 1 i przepisami rozporządzenia w sprawie dokumentów(..), a także art. 14 ustawy w zw. z art. 70¹ § 4 kc, Odwołujący podniósł, że dokumenty złożone przez członka konsorcjum – T. P. S.A. potwierdzające brak upadłości i likwidacji oraz potwierdzające zasady reprezentowania (str. 93-106 wniosku) stanowią wydruk ze strony internetowej z rejestru spółek. Wydruk potwierdzono za zgodność z oryginałem. Jednakże aby kopia potwierdzono za zgodność z oryginałem mogła być przyjęta, musi być to kopia dokumentu mającego przymiot oryginału. W myśl zasady, że postępowanie prowadzone jest z zachowaniem formy pisemnej oryginał dokumentu musi mieć zachowaną formę pisemną. Strona internetowa nie stanowi zachowania formy pisemnej, o której mowa w art. 9 ustawy Pzp z zw. z art. 14 odsyłającym do art. 78kc. Tym samym złożona kopia dokumentu nie potwierdza zgodności z pisemnym oryginałem i nie może być przyjęta, a zamawiający nie wezwał do uzupełniania dokumentu. Nie może być uznane za wystarczające, że aby zapoznać się z treścią oryginału to zamawiający może na podstawie prawa portugalskiego uzyskać wgląd do rejestru na podstawie podanego kodu dostępu. W stanie prawnym

właściwym dla tego postępowania, to wykonawcę obciąża bezwzględnie wiążący obowiązek złożenia dokumentu a odesłanie do otwartego rejestru nie może mieć miejsca. Nie można też uznać, że wystarczająca jest adnotacja, iż udostępnienie kodu dostępu nie wymaga by składano dokument w formie papierowej. O ile wydruk nie korzysta z prawa oryginału (a tego wykonawca nie wykazał i stan taki nie ma miejsca w prawie Portugalii) samo złożenie wydruku i kodu jest niezgodne z przywołanymi przepisami prawa.

Odnosnie zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawców, którzy wbrew art. 7 ust. 1 oraz art. 26 ust. 2b w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 58kc oraz właściwymi w sprawie przepisami dyrektywy 2004/17/WE i art. 288 TSUE posługują się potencjałem jednego z nich (udostępnionym innym wykonawcom), Odwołujący podniósł, że we wnioskach konsorcjum T. P. Sp. z o.o., konsorcjum C. R. I., konsorcjum Z. S.A. oraz konsorcjum B. N. R. R. w części niejawnej są wg wszelkiego prawdopodobieństwa zawarte w wykazach dotychczasowych dostaw doświadczenia tych samych podmiotów udostępniających wszystkim wykonawcom doświadczenie własne, by w ten sposób z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji zwiększyć swą szansę uzyskania zamówienia w jego faktycznym znaczeniu i utrudnić innym wykonawcom zakwalifikowanie się do grupy wykonawców uzyskujących zaproszenie do składania ofert. Ponadto, zdaniem Odwołującego, w części niejawnych może znajdować się informacja, że podmioty udostępniające potencjał udostępniają go mimo, iż nie stanowi ich doświadczenia, lecz jest doświadczeniem udostępnionym im przez dalsze podmioty. Ze względu na brak dostępu do tej informacji Odwołujący wnosi o zweryfikowanie powyższego przez KIO we wszystkich przywołanych wnioskach zgodnie z zasadą wskazaną przez TSUE (sprawa Varec SA C-450/06).

KIO 912/17

Odwołujący - konsorcjum N. S.A. oraz M. Sp. z o.o. - wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie wniosków o dopuszczeniu do udziału oraz wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 26 ust. 4 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści Załącznika nr 3 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - Potencjał kadrowy w zakresie doświadczenia posiadanego przez osoby wskazane na stanowisko Dyrektora Obszaru Wdrożeniowego oraz Kierownika Projektu;
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy PZP w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 3 ustawy PZP poprzez bezzasadne wykluczenie Odwołującego z Postępowania, pomimo spełniania

warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego potencjału kadrowego i należyte wykazanie powyższego w dokumentach załączonych do wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu;

3. art. 24 ust. 3 ustawy PZP, art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 8 ust.1 ustawy PZP, poprzez niewskazanie przez Zamawiającego w informacji o wykluczeniu z postępowania, pełnego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego w zakresie przyczyn wykluczenia Odwołującego odnoszącego się do spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji naruszenie zasady jawności postępowania, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu;
2. unieważnienia wykluczenia Odwołującego z Postępowania;
3. powtórzenia przez Zamawiającego czynności badania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu;
4. ewentualne wezwanie Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 PZP do wyjaśnienia treści Załącznika nr 3 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - Potencjał kadrowy w zakresie doświadczenia posiadanego przez osoby wskazane na stanowisko Dyrektora Obszaru Wdrożeniowego oraz Kierownika Projektu;
5. powtórzenia przez Zamawiającego czynności oceny wniosków i dopuszczenie Odwołującego do udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu swojego stanowiska, Odwołujący wskazując na interes we wniesieniu odwołania oraz możliwość poniesienia szkody, na skutek utraty korzyści związanych z uzyskaniem zamówienia, podniósł, że Odwołujący skutecznie złożył wniosek o dopuszczenie do udziału we wskazanym przez Zamawiającego terminie, jednakże do wniosku nie załączył Załącznika nr 3 - Potencjał kadrowy. W związku z powyższym, Zamawiający w toku badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wezwał Odwołującego pismem z dnia 20 lutego 2017r. do uzupełnienia do dnia 22 lutego 2017 godz. 16.00. Wykonawca dokonał wskazanego uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Po weryfikacji przedstawionych w ramach uzupełnienia dokumentów Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący, nie zgadzając się z taką decyzją Zamawiającego, w pierwszej kolejności

podniósł, że uzasadnienie faktyczne wykluczenia jest lakoniczne i nieprecyzyjne a w konsekwencji nie pozwala na ustalenia, co dokładnie w zakresie doświadczenia poszczególnych osób kwestionuje Zamawiający. W istocie Zamawiający wyraźnie sprecyzował wyłącznie zarzuty w stosunku do jednej osoby desygnowanej na stanowisko Dyrektora Obszaru Wdrożeniowego, w odniesieniu do pozostałych osób, poprzestał na zacytowaniu wymogu dotyczącego doświadczenia (ew. jego fragmentu) i lakonicznym stwierdzeniu, że określona osoba go nie spełnia. Tymczasem, zgodnie z art. 24 ust. 3 PZP (obowiązującym w dacie ogłoszenia postępowania), Zamawiający obowiązany jest w zawiadomieniu o wykluczeniu z postępowania podać uzasadnienie faktyczne i prawne. Na poparcie swojego stanowiska zacytował orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym Zamawiający podając uzasadnienie faktyczne wykluczenia nie może poprzestać na lakonicznym stwierdzeniu, iż wykonawca nie spełnia określonego warunku, a obowiązany jest doprecyzować swój zarzut, aby przyczyna wykluczenia nie budziła żadnych wątpliwości. (Sygn. akt KIO/UZP 250/08 wyrok z dnia 3.09.2008, Sygn. akt Kio 908/14 wyrok z dnia 21.05.2014). Stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w piśmie z dnia 25 kwietnia 2017r. nie spełnia powyższego wymogu. Odwołujący wskazał, że formułując zarzuty w niniejszym postępowaniu może jedynie domniemywać jakie informacje wskazane w Wykazie osób budzą wątpliwości Zamawiającego. Powyższe znacząco utrudnia Odwołującemu wniesienie skutecznego środka ochrony prawnej i przygotowania należytej argumentacji. Istnieje bowiem ryzyko, iż Zamawiający doprecyzuje zarzuty związane z wykluczeniem dopiero na etapie odpowiedzi na odwołanie czy też na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą. Wskazać należy, iż takie działanie uznać należy za niedopuszczalne, albowiem uniemożliwi ono Odwołującemu skuteczne odparcie zarzutów, w tym podjęcie właściwej inicjatywy dowodowej. Działanie Zamawiającego narusza zatem naczelne zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasadę jawności i transparentności postępowania, zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Niezależnie od powyższych uchybień, Odwołujący wskazuje, iż - wbrew bezpodstawnym twierdzeniom Zamawiającego - spełnia warunek udziału w zakresie potencjału kadrowego, co wynika z przedłożonego przez niego Załącznika nr 3 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - potencjał kadrowy (dalej jako „Wykaz osób”). Desygnowane przez niego osoby zarówno na stanowisko Dyrektora Obszaru Wdrożeniowego, jak i Kierownika Projektu posiadają wymagane w ogłoszeniu o zamówieniu doświadczenie, a informacje w tym zakresie zawarte zostały w przedstawionym Wykazie osób. W konsekwencji decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu jest niesłuszna i nie znajduje oparcia w zaistniałym stanie faktycznym i obowiązujących przepisach prawa.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący podniósł, że w sytuacji, gdy Zamawiający powziął

jakiegokolwiek wątpliwości w zakresie doświadczenia posiadanego przez osoby wskazane na stanowisko Dyrektora Obszaru Wdrożeniowego oraz Kierownika Projektu, powinien zwrócić się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści wykazu osób na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie wskazuje się iż powzięcie przez Zamawiającego jakichkolwiek wątpliwości co do treści złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznych dokumentów dotyczących spełniania warunku udziału w postępowaniu skutkować powinno zwróceniem się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień - czynność ta należy bowiem do sfery obowiązków Zamawiającego, nie zaś jego uprawnień. Brak zastosowania przez Zamawiającego instytucji wezwania do wyjaśnienia dokumentów stanowi naruszenie art. 26 ust, 4 PZP. Ponadto, w takiej sytuacji wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na rzekome niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w powyższej sytuacji stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP.

Nie ulega zatem wątpliwości to, że przepisy PZP umożliwiają wyjaśnienie treści dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału takich jak Wykaz osób. Możliwość wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień jest niezależna od procedury przewidzianej w art. 26 ust.3 PZP i może zostać przeprowadzona nawet po uprzednim wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. Na poparcie Odwołujący przywołał fragmenty orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 3.06.2014, sygn. akt KIO 1021/14, wyrok z dnia 24.02.2012 r., Sygn. akt KIO 281/12, KIO 290/12, wyrok z dnia 15.01.2013, KIO 2909/12). Odwołujący z całą stanowczością podkreślił, że wszystkie wątpliwości Zamawiającego związane z treścią Wykazu osób mogły zostać przez wykonawcę wyjaśnione, bez konieczności uzupełnienia dokumentu. Pozyskanie wyjaśnień od Odwołującego umożliwiłoby Zamawiającemu pozytywną ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum. Zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust.4 ustawy Pzp, stanowi zatem o naruszeniu ww. przepisu. Szczegółowe uzasadnienie zarzutów odwołania Odwołujący zawarł w Załączniku nr 1 do odwołania - część niejawną odwołania – stanowiącego tajemnicę przedsiębiorstwa.

Na podstawie dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestników postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

W pkt 5 Załącznika B Ogłoszenia o zamówieniu - informacje o częściach zamówienia, Zamawiający ustalił, że będzie kwalifikował kandydatów do II etapu zgodnie z poniżej przedstawioną punktacją, a liczba wykonawców będzie wynosiła 5 dla każdej z części

zamówienia.

Izba ustaliła, że do upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w zakresie części 1 wpłynęło 8 wniosków, złożonych przez:

1. konsorcjum N. S. and N.sp. z o.o., S. sp. z o.o., S. sp. z o.o., S.sp. z o.o.
2. konsorcjum T. P. sp. z o.o., T. P. S.A., H. P. Sp. z o.o., R. S.A.,
3. konsorcjum: C. R. I. G. Co LTd, C. C. R. E. B. G. Co. Ltd, S. C. T.S.A.
4. konsorcjum: K. C.C Sp. z o. o. K. C.C AG, K. C.C F. S., P. P. I. S.A.
5. konsorcjum Z. S.A., K. Z. A. S.A.
6. IDS – B.S.A.
7. B. N. R. R.&D. I. of S.&C. G. Co. Ltd. i P. sp. z o.o.
8. konsorcjum N. S.A. i M. sp. z o.o.

Zamawiający, w wyniku oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, wykluczył w zakresie części 1 zamówienia dwóch wykonawców: I.-B. S.A oraz konsorcjum N.S.A. i M.sp. z o.o.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje:

Postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte w dniu 26.09.2015r., a zatem przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016r. o zmianie ustawy Prawo Zamówień Publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2016, poz.1020) co oznacza, że do postępowania o udzielenie tego zamówienia oraz postępowania odwoławczego mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji.

KIO 904/17

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego co do braku interesu po stronie Odwołującego we wniesieniu odwołania. Interes Odwołującego na tym etapie postępowania tj. na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału i zaproszenia do składania ofert, sprowadza się do ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców, co wpłynie na zmniejszenie konkurencji i wyeliminowanie już na tym etapie postępowania podmiotów nie spełniających wymagań opisanych przez Zamawiającego w ogłoszeniu.

Niezasadnym jest stanowisko Zamawiającego co do braku precyzyjnego sformułowania zarzutów odwołania i braku korelacji tych zarzutów z żądaniami. Należy mieć na uwadze, że znaczna część zarzutów odwołania dotyczy informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, co w istocie utrudnia czy nawet uniemożliwia Odwołującemu precyzyjne sformułowanie żądań. Niemniej jednak, w ocenie Izby, Odwołujący w sposób wystarczający sformułował zarzuty i żądania. Ponadto Izba wskazuje, że nie jest związana żądaniami zawartymi w treści odwołania, stąd nawet ewentualny brak korelacji tych żądań z zarzutami nie ma istotnego znaczenia.

Zasadniczym zarzutem odwołania jest naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia informacji we wnioskach o dopuszczenie do udziału złożonych przez konsorcjum B. N. R., konsorcjum Z. S.A. i K. Z. A. S.A. oraz konsorcjum C. R. G. Co Ltd. W zakresie objęcia pewnych informacji „tajemnicą przedsiębiorstwa” Izba wielokrotnie w orzeczeniach podkreślała, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp.

Wyjątki od zasady jawności określa art. 8 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zwrócić należy uwagę, że w poprzednim stanie prawnym (przed nowelizacją z dnia 29 sierpnia 2014 r. Dz.U. 2014 poz.232) ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in., że: „słuszny w swym założeniu przepis (*przyp. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp*) jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla

tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.”

Z powyższego wynika, że aktualnie na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Aby skutecznie wyjaśnić zastrzeżenie informacji, wykonawca musi wykazać łączne spełnienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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.

Mając na uwadze powyższe rozważania, Izba oceniła zarzut zaniechania odtajnienia informacji zawartych w poszczególnych wnioskach o dopuszczenie do udziału i stwierdziła, co następuje:

Konsorcjum B. N. R. zastrzegło w złożonym wniosku o dopuszczenie do udziału: wykaz osób, którymi dysponuje i będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia oraz zobowiązanie podwykonawcy TP T. Sp. z o.o.

Jako uzasadnienie takiego działania konsorcjum B. N. R. wskazało na stronie 2 wniosku o dopuszczenie do udziału (...) *„przedłożone informacje mają znaczną wartość organizacyjną, handlową i gospodarczą, gdyż szczegółowo określają posiadany potencjał oraz zawierają informacje o wymiernej wartości, umożliwiające uzyskanie i realizację wielu zamówień publicznych, co na każdym rynku stanowi szczególną wartość”*. Dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa konsorcjum B. N. R. zabezpieczyło. zgodnie z wytycznymi zawartymi w Sekcji VI.3 pkt 8 Ogłoszenia o zamówieniu.

W ocenie Izby, uzasadnienie przedstawione przez konsorcjum B. N. R. choć w istocie krótkie i lakoniczne, jest wystarczające dla uznania, że wykonawca ten skutecznie zastrzegł informacje zawarte w wykazie osób oraz w zobowiązaniu podwykonawcy jako tajemnica przedsiębiorstwa. Informacje dotyczące osób (imiona, nazwiska, doświadczenie, wykształcenie) a także ich relacji z wykonawcą stanowią wartość gospodarczą bowiem mogą być elementem konkurencji między wykonawcami w danej branży. Uzasadnionym jest nieujawnianie tych informacji innym konkurencyjnym na rynku wykonawcom, choćby dlatego aby zapobiec „podkupywaniu” pracowników. Z tego względu ewentualne ujawnienie danych osób, uczestniczących w realizacji zamówienia, może zagrażać interesom danego przedsiębiorcy. Znamienną jest także okoliczność, że niemal wszyscy wykonawcy zastrzegli w swoich wnioskach o dopuszczenie do udziału jako tajemnicę przedsiębiorstwa wykazy osób, uczestniczących w realizacji zamówienia.

Zasadne jest także objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa zobowiązania TP T. sp. z o.o., w którego treści wskazano informacje dotyczące osób, które podwykonawca zamierza udostępnić. Zobowiązanie to zawiera informacje posiadające wartość gospodarczą i handlową i z tych względów nie może być udostępnione innym podmiotom. Wskazać należy, że konsorcjum B. N. R. podjęło także niezbędne działania w celu zachowania poufności informacji, bowiem dokumenty objęte tajemnicą przedsiębiorstwa zabezpieczyło w sposób zgodny z wytycznymi zawartymi w ogłoszeniu.

Odnosnie zastrzeżenia treści samego uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa niektórych informacji we wnioskach konsorcjum Z. S.A. i K. Z. A.S.A. oraz konsorcjum C. R. G. Co Ltd, Izba stoi na stanowisku, że co do zasady samo uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa pewnych informacji winno mieć charakter jawny. Uzasadnienie zawiera jedynie informacje o powodach zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i podlega ona ocenie z punktu widzenia wykazania przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Już tylko z tych względów oraz mając na uwadze zasadę jawności i przejrzystości postępowania o zamówienie publiczne, nie można uznać, że samo uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa pewnych informacji może mieć charakter niejawny. Izba oceniła treść uzasadnień, objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa złożonych we wnioskach konsorcjum Z. oraz konsorcjum C. R. G. C. Ltd i doszła do przekonania, że co do zasady informacje tam podane nie spełniają przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odnosnie konsorcjum Z., Izba uznała, że brak podstaw do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa treści samego uzasadnienia, zawartego na str. 68-71 wniosku o dopuszczenie do udziału. Uzasadnienie to nie zawiera żadnych informacji, które zasługiwałyby na ochronę, stąd w ocenie Izby zasadnym jest nakazanie jego odtajnienia w całości.

Jednocześnie Izba oceniła merytoryczną treść tego uzasadnienia i doszła do przekonania, że zawiera ono istotne elementy niezbędne dla skutecznego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w: wykazie robót, kadry oraz zobowiązaniach podmiotów trzecich wraz z referencjami. W ocenie Izby, potwierdzenie się jedynie zarzutu dotyczącego braku podstaw do zastrzeżenia uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa przy jednoczesnym stwierdzeniu, że wykonawca skutecznie wykazał w tym uzasadnieniu, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być podstawą do uwzględnienia odwołania. Odtajnienie bowiem jedynie treści samego uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa pozostaje bez wpływu na wynik

postępowania, co zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp stanowi przesłankę do oddalenia odwołania.

Odnosnie konsorcjum C. R. G. Co Ltd, Izba uznała, że co do zasady uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, przedstawione przez tego wykonawcę na str. 1163 i nast. wniosku o dopuszczenie do udziału nie zawiera elementów, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dlatego też Izba uznała, że poczynione zastrzeżenie treści samego uzasadnienia jest nieskuteczne i nakazała jego odtajnienie za wyjątkiem nazw podmiotów udostępniających zasoby podanych w pkt III, IV i V na stronie 1163 wniosku (strona pierwsza Oświadczenia wykonawcy o informacjach stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa).

Podobnie, jak w przypadku wniosku konsorcjum ZUE, Izba uznała, że nakazanie odtajnienia treści samego uzasadnienia, za wyjątkiem pewnych wskazanych wyżej informacji przy jednoczesnym uznaniu skuteczności poczynionego zastrzeżenia informacji zawartych w: wykazach dostaw, umów potwierdzających wykonane dostawy, wykazie potencjału, certyfikacie zatrudnienia, zobowiązaniach podmiotów trzecich oraz umów dotyczących oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów, nie stanowi wystarczającej podstawy do uwzględnienia odwołania, z uwagi na brak wpływu wykazanego naruszenia na wynik postępowania, zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, niezasadnym jest zarzut dotyczący złożenia w niewłaściwej formie dokumentu potwierdzającego brak upadłości i likwidacji dla T. P. S.A. Zgodnie z informacjami dotyczącymi dokumentów właściwych w danym kraju, zawartymi w systemie eCertis stosownymi rejestrami zawodowymi i handlowymi są w odniesieniu do zamówień na dostawy w Portugalii „Registo Nacional das Pessoas Colectivas”. Przedstawiony przez konsorcjum wydruk rejestru spółek odpowiada dokumentami wskazanemu w eCerits. Przystępujący konsorcjum T. wykazał w toku rozprawy, że wydruk ze strony internetowej z portugalskiego rejestru spółek, który jest prowadzony *on line*, uzyskany za pomocą kodu jest równoważny tradycyjnemu odpisowi i potwierdza wszelkie dane rejestrowe a zatem korzysta z prawa oryginału. Taki wniosek wypływa wprost z opinii I Rady Ambasady RP z siedzibą w Lizbonie z dnia 18 maja 2017r., która została załączona do pisma procesowego Przystępującego i stanowi dowód w sprawie. Twierdzenia Odwołującego, że wydruk z portugalskiego rejestru spółek nie jest w świetle prawa portugalskiego równoważny z dokumentem, mającym formę pisemną pozostały gołosłowne. Zwrócić należy także uwagę, iż załączony do wniosku konsorcjum T. wydruk z rejestru przedsiębiorców jest częścią poświadczonego za zgodność z oryginałem aktu notarialnego z dnia 27 stycznia 2017r.,

zgodnie z którym w tym dniu w obecności notariusza otwarto stronę internetową z portugalskiego rejestru spółek i dokonano wydruku dokumentu rejestrowego T. P. S.A.

Niezależnie od powyższego, nawet gdyby uznać twierdzenia Odwołującego co do złożenia dokumentu w niewłaściwej formie, to nie można zapomnieć, że we wniosku o dopuszczenie do udziału załączono także zaświadczenie z Sądu Okręgowego w Lizbonie I Wydział Gospodarczy w Lizbonie z dnia 14 września 2016r., potwierdzające brak stanu upadłości lub likwidacji T. P. S.A. W treści tego zaświadczenia podano, m. in. że „zgodnie z danymi zapisanymi w rejestrze danego sądu nie istnieją żadne sprawy - ani zamknięte, ani będące w toku – w których występowałaby jako dłużnik następująca firma – T. P. S.A. (...) Firma ta nie występuje ani jako podmiot skarżący, ani jako podmiot pozwany w żadnym procesie o upadłość/niewypłacalność, postępowaniu windykacyjnym lub postępowaniu układowym z wierzycielami albo innym podobnym postępowaniu dotyczącym zastosowania środków zapobiegawczych w okresie od 15 września 1997 (data ustanowienia danego sądu) do dnia dzisiejszego”.

Okoliczność ta powoduje, że chybiony jest zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu wykluczenia konsorcjum T. Polska sp. z o.o., z uwagi na brak wykazania, iż członek konsorcjum T. Portugal nie jest w stanie upadłości i likwidacji.

Twierdzenie Odwołującego, że konsorcjum T. Polska Sp. z o.o., konsorcjum C.R. G. Co Ltd oraz konsorcjum Z. i konsorcjum B. N. R. powołują się w swoich wnioskach na doświadczenie tych samych podmiotów udostępniających wszystkim wykonawcom doświadczenia własne, aby z naruszeniem konkurencji zwiększyć swą szansę na uzyskanie zamówienia, jest zupełnie niezasadne i nie znajduje oparcia w złożonych przez tych wykonawców wnioskach o dopuszczenie do udziału. Niezależnie od tego, że brak jest podstaw faktycznych do formułowania tego typu zarzutu wobec wykonawców, Izba wskazuje, że samo ewentualne udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci, zgodnie z art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego, nie stanowi jeszcze podstawy do stwierdzenia istnienia zмовы przetargowej między wykonawcami. Dla zaistnienia zмовы przetargowej koniecznym jest wykazanie, że celem lub skutkiem niedozwolonego porozumienia jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu pracy i ceny. Odwołujący takich okoliczności nawet nie uprawdopodobnił.

KIO 912/17

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przeszkody formalnoprawne do merytorycznego rozpoznania odwołania, a Odwołujący jako podmiot wykluczony z udziału w postępowaniu legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp we wniesieniu odwołania, ponadto na skutek działań i zaniechań Zamawiającego może ponieść szkodę, polegającą na braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba ustaliła, że zgodnie z brzmieniem pkt III.2.3 ppkt III.b Ogłoszenia o zamówieniu (po jego modyfikacji) Zamawiający wymagał:

- a. Dyrektor Obszaru Wdrożeniowego (4osoby) – musi posiadać wyższe wykształcenie techniczne, oraz minimum 5 lat doświadczenia na stanowiskach kierowniczych związanych z zarządzaniem projektami inwestycyjnymi, w tym doświadczenie w zarządzaniu minimum jednym projektem wdrożenia sieci łączności komórkowej i jednym projektem wdrożenia światłowodowej sieci teletransmisyjnej. Zamawiający dopuszcza wykazanie się zarządzeniem projektem budowy/rozbudowy sieci łączności komórkowej i budowy/rozbudowy światłowodowej sieci teletransmisyjnej w ramach jednego projektu.
- b. Kierownik Projektu (15 osób) – musi posiadać wyższe wykształcenie techniczne, oraz minimum 3 lata doświadczenia na stanowiskach kierowniczych związanych z zarządzaniem projektami inwestycyjnymi w zakresie wdrożenia sieci łączności komórkowej i światłowodowej sieci teletransmisyjnej, w tym doświadczenie przy uruchamianiu, eksploatacji i testach co najmniej jednego systemu telefonii komórkowej GSM lub GSM -R.

W związku z brakiem załączenia przez Odwołującego wraz ze złożonym wnioskiem o dopuszczenie do udziału wykazu osób dedykowanych do realizacji zamówienia (Potencjał kadrowy), Zamawiający w dniu 20 lutego 2017r. wezwał Odwołującego do uzupełniania brakującego wykazu. W odpowiedzi, w dniu 22 lutego 2017 godz. 16.00., Wykonawca przedłożył uzupełniony wykaz osób. W dniu 25 kwietnia 2017r. Zamawiający poinformował o wyniku oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i wykluczeniu Odwołującego, wskazując jako podstawę prawną art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu decyzji Zamawiający podał, że osoba 1 wskazana na stanowisko Dyrektora Obszaru

Wdrożeniowego nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, ponieważ w opisie doświadczenia brak jest informacji na temat „zarządzania projektem inwestycyjnym w zakresie sieci łączności komórkowej oraz sieci teletransmisyjnej”. W odniesieniu do osoby nr 2 podanej w wykazie Zamawiający wskazał, że stanowisko „właściciel” nie może zostać uznane za stanowisko kierownicze związane z zarządzaniem projektami inwestycyjnymi oraz z opisu ostatniej usługi nie wynika, że osoba wskazana na to stanowisko zdobyła doświadczenie w tym projekcie „w zarządzaniu minimum jednym projektem wdrożenia sieci łączności komórkowej i jednym projektem wdrożenia światłowodowej sieci transmisyjnej, gdyż z opisu usługi wynika, że dotyczyła ona nadzoru nad technologicznymi projektami infrastrukturalnymi OSP na terenie całej Polski. Ponadto, w informacji o wyniku oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający stwierdził, że wszystkie 15 osób desygnowane na stanowisko Kierownika Projektu nie posiadają wymaganego doświadczenia, ponieważ w opisie ich doświadczenia brak jest informacji o doświadczeniu w zakresie wdrożenia sieci łączności komórkowej światłowodowej sieci teletransmisyjnej, w tym doświadczenia przy uruchamianiu, eksploatacji i testach co najmniej jednego systemu telefonii komórkowej GSM lub GSM-R.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba zważyła co następuje:

Niezasadnym jest zarzut naruszenia art. 24 ust. 3 ustawy Pzp polegający na braku podania przez Zamawiającego, w informacji z dnia 25 kwietnia 2017r. o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu, pełnego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego. W uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu Zamawiający wskazał w sposób jasny i zrozumiały przyczyny takiej decyzji, podając jakie wymagania nie są spełnione przez osoby desygnowane na stanowisko Dyrektora Obszaru Wdrożeniowego oraz Kierownika Projektu. Argumentacja Odwołującego odnosząca się do wykazania doświadczenia poszczególnych osób, która stanowi polemikę z twierdzeniami Zamawiającego podanymi w piśmie z dnia 25 kwietnia 2017r. jest najlepszym dowodem na to, że faktyczne powody wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu były dla niego jasne i zrozumiałe.

Izba nie podzieliła zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 przez bezzasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania, mimo spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego potencjału kadrowego.

Po analizie, objętego tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu osób, złożonego przez Odwołującego w wyniku wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Izba potwierdziła prawidłowość stanowiska Zamawiającego co do oceny doświadczenia osób

desygnowanych na stanowisko Dyrektora Wdrożeniowego oraz Kierowników Projektu. Podkreślić należy, że obowiązkiem każdego z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia jest wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób jasny i niebudzący żadnych wątpliwości. Wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp należy traktować jako wyjątek od zasady przedłożenia wszystkich dokumentów wraz z ofertą i potwierdzenia spełniania wymagań nie później niż w dniu składania ofert. Z tych względów, to na wykonawcy, który korzysta z procedury art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, spoczywa szczególnie obowiązek dochowania należytej staranności w jednoznacznym potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Z uwagi na objęcie wykazu tajemnicą przedsiębiorstwa, Izba nie podaje w uzasadnieniu nazwisk osób desygnowanych przez Odwołującego na poszczególne stanowiska oraz szczegółowych nazw projektów.

Nie można uznać za spełniające wymagania określone w pkt III.2.3 ppkt III b. ogłoszenia o zamówieniu doświadczenie osoby podanej w wykazie na stanowisko Dyrektora Obszaru Wdrożeniowego polegające na budowie Stacji Bazowych i transmisyjnych oraz budowie sieci światłowodowych, radioliniowych, radiowych sieci dostępowych, transmisyjnych. W wykazanych projektach brak doświadczenia związanego z „zarządzaniem projektem wdrożenia sieci łączności”. Samo doświadczenie w budowie stacji i sieci nie oznacza jeszcze, że doszło do wdrożenia sieci i osoba ta nabyła doświadczenie w zarządzaniu wdrożeniem projektem wdrożenia sieci łączności. Nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, zawartym na stronie 14 załącznika nr 1 odwołania – część objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, że z opisu doświadczenia wynika jasno, że osoba wskazana w wykazie zarządzała projektem obejmującym zarówno budowę sieci łączności komórkowej, jak i budowę sieci teletransmisyjnej. W opisie brak sformułowań, które wskazywałyby na tego rodzaju doświadczenie.

Podzielić należy także dokonaną przez Zamawiającego ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu, co do kolejnej osoby wskazanej na stanowisko Dyrektora Obszaru Wdrożeniowego. Jak wskazano w treści wykazu osoba ta zajmowała stanowisko „właściciel” przy realizacji dwóch projektów, ujętych w wykazie. Słusznie podnosił Zamawiającego, że sformułowanie „właściciel”, nie oznacza, że osoba ta pełniła funkcje kierownicze związane z zarządzaniem projektami inwestycyjnymi. Stanowisko to jest zasadne, nawet jeśli przyjmie się za prawdziwe twierdzenie Odwołującego, że doświadczenie tej osoby było zdobyte w ramach jednoosobowej działalności gospodarczej. Właściciel zarządza swoją firmą (jednoosobową działalnością gospodarczą), ale niekoniecznie osoba ta musiała pełnić funkcje kierownicze związane z zarządzaniem projektami. Z kolei z opisu trzeciego projektu

realizowanego przez tę osobę nie wynika, że zdobyła ona doświadczenie w zarządzaniu min. jednym projektem wdrożenia światłowodowej sieci transmisyjnej.

Podobnie, w odniesieniu do osób wskazanych stanowisko Kierownika Projektu, w ocenie Izby, żadna z tych osób nie wykazała się doświadczeniem w uruchomieniu, eksploatacji i testach systemu telefonii komórkowej GSM lub GSM-R, jakie było wymagane wprost w treści pkt III.2.3 ppkt III c ogłoszenia o zamówieniu. Brak takiego wskazania w złożonym wykazie. Argumentacja Odwołującego, że oczywistym jest, że z każdą budową/ rozbudową sieci GSM czy zarządzaniem budową/ rozbudową sieci komórkowej immanentnie związany jest proces uruchomienia, testowania, eksploatacji i optymalizacji systemu, zmierza *de facto* do rozszerzenia opisu doświadczenia, ponad ten, który został ujęty w treści wykazu. W tym miejscu należy ponownie podkreślić, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób jednoznaczny i nie pozostawiający żadnych wątpliwości.

Odwołujący zdaje się nie kwestionować faktu, że złożonym przez niego wykazie personelu brak jednoznacznego potwierdzenia spełniania wymagań przez poszczególne osoby, dlatego też żąda od Zamawiającego zastosowania procedury, wynikającej z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. W ocenie Izby, uwzględnienie tego żądania Odwołującego i wezwanie wykonawcy do udzielenia wyjaśnień uzupełnionego uprzednio wykazu kadry, doprowadziłoby, zdaniem Izby, w analizowanym stanie faktycznym do niedopuszczalnej modyfikacji treści złożonej oferty lub jej ponownego uzupełnienia, co byłoby sprzeczne z zasadą równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacom między instytucją zamawiającą a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z czym co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani oferenta. Z tego względu instytucja zamawiająca nie może żądać wyjaśnień od oferenta, którego ofertę uważa za niejasną lub niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Trybunał zaznaczył jednak, że art. 2 dyrektywy 2004/18 nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, zwłaszcza jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub poprawienia oczywistych błędów materialnych. (np. wyrok TS UE z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C 599/10 oraz wyrok TS UE z dnia 10 października 2013 r. w sprawie C-336/12). W analizowanym stanie faktycznym, żądanie wyjaśnienia udzielenia wyjaśnień dotyczyłoby istotnych merytorycznie kwestii związanych z kwalifikacją podmiotu do udziału w postępowaniu i mogłoby doprowadzić do niedozwolonych negocjacji z zamawiającym.

Z tych względów Izba uznała, że w tym zakresie niedopuszczalnym jest zastosowanie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

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. 1pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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).

Przewodniczący:

.....

.....