

Sygn. akt: KIO 531/ 18

WYROK

z dnia 9 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Członkowie: Andrzej Niwicki

Marzena Ordysińska

Protokolant Piotr Cegłowski

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 4 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **TPF Sp. z o.o., TPF Getinsa Euroestudios S.L. 03-236 Warszawa, ul. Annopol 22**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad 00-874 Warszawa, ul. Wronia 53** w imieniu którego postępowanie prowadzi **Generalna Dyрекcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku, 80-354 Gdańsk ul. Subisława 5**

przy udziale wykonawcy: **Egis Poland Sp. z o.o. 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **TPF Sp. z o.o., TPF Getinsa Euroestudios S.L. 03-236 Warszawa, ul. Annopol 22** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **TPF Sp. z o.o., TPF Getinsa Euroestudios S.L. 03-236 Warszawa, ul. Annopol 22** tytułem wpisu od odwołania.

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

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad 00-874 Warszawa, ul. Wronia 53** w imieniu którego postępowanie prowadzi **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku 80-354 Gdańsk, ul. Subisława 5** wszczęła, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pn. „Budowa drogi ekspresowej S6 Słupsk - Gdańsk na odcinku Lębork (wraz z Obwodnicą Lęborka) - Obwodnica Trójmiasta z podziałem na dwie części zamówienia:

1. Część nr 1: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Budowa drogi ekspresowej S6 Słupsk – Gdańsk 4 na odcinku Lębork (wraz z Obwodnicą Lęborka) - Obwodnica Trójmiasta. Zadanie 3: w. Luzino (bez węzła) – w. Szemud (z węzłem);

2. Część nr 2: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Budowa drogi ekspresowej S6 Słupsk – Gdańsk na odcinku Lębork (wraz z Obwodnicą Lęborka) - Obwodnica Trójmiasta. Zadanie 4: w. Szemud (bez węzła) – w. Gdynia Wielki Kack (z węzłem);

poprzez przesłanie ogłoszenia o zamówieniu. Ogłoszenie ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2017/S 138-283563 w dniu 21 lipca 2017 r.

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020 ze zm.) – dalej „ustawa Pzp”.

W dniu 12 marca 2018 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty dla części 2 zamówienia, złożonej przez: **Egis Poland Sp. z o.o. 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182**, informując o tym wykonawców.

Odwołujący: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **TPF Sp. z o.o., TPF Getinsa Euroestudios S.L. 03-236 Warszawa, ul. Annopol 22** wniósł, w dniu 22 marca 2018 r., odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu polegających na:

1. dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę Egis Poland Sp. z o.o.;
2. wykluczeniu odwołującego z postępowania, pomimo iż odwołujący nie przedstawił w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego;
3. zaniechaniu czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp tj. zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień;
4. zaniechaniu czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp tj. zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp;
5. zaniechaniu czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp tj. zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, zawartych w dokumentach:
 - a) Wykazu osób stanowiącego integralną część JEDZ,
 - b) Formularza „Kryteria pozacenowe”,
 - c) Pisma zamawiającego z dnia 23 lutego 2018 r., wzywającego do złożenia wyjaśnień w zakresie pism wskazanych w lit. a i b powyżej,
 - d) Pisma Egis Sp. z o.o. z dnia 26 lutego 2018 r.
6. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Egis Sp. z o.o. z postępowania, pomimo iż przedstawił on w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego;
7. niezgodnej z prawem czynności oceny ofert, tj. oceny ofert w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
a także, z ostrożności procesowej:
8. zaniechaniu czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp tj. brak zastosowania trybu określonego w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp poprzez wezwanie odwołującego do złożenia dowodów na to, że podjął środki wystarczające do wykazania rzetelności.

Odwołujący wskazał na naruszenie przez zamawiającego następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania, pomimo iż odwołujący nie przedstawił w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego;
2. art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień;
3. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia uzupełnień;
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1 - 3 i w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, zawartych w w/w dokumentach, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
5. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Egis Sp. z o.o. z postępowania, pomimo iż Egis Sp. z o.o. przedstawił w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego;
6. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w tym zaniechanie przeprowadzenia badania ofert wobec wszystkich wykonawców w takim samym zakresie;
a także z ostrożności procesowej:
7. przepisu art. 24 ust. 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia dowodów na to, że podjął środki wystarczające do wykazania rzetelności.

Odwołujący wniósł, na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, o uwzględnienie odwołania w całości i uchylenie skutków prawnych zaskarżonych czynności zamawiającego poprzez nakazanie mu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert;
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;
4. nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień;
5. odtajnienia informacji zawartych w dokumentach wskazanych w odwołaniu;

6. badanie oferty Egis Sp. z o.o. w takim samym stopniu, jak oferty odwołującego;
 7. wykluczenie wykonawcy Egis Sp. z o.o. z postępowania;
 8. ponowną ocenę ofert;
- oraz z ostrożności procesowej
9. nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do złożenia dowodów na to, że podjął środki wystarczające do wykazania rzetelności.

Uzasadniając zarzuty odwołania oraz swoje żądania odwołujący wskazał, co następuje:

W dniu 22 marca 2018 r. odwołujący otrzymał od zamawiającego pismo informujące o wyborze najkorzystniejszej oferty, w którym wskazano m.in., iż odwołujący został wykluczony z postępowania a jako podstawę prawną podano art. 24 ust. 2 pkt 17 ustawy Pzp. Odwołujący otrzymał również pismo zawierające uzasadnienie faktyczne dokonanej czynności wykluczenia, zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący podnosi, że nie podał w ofercie w sposób zawiniony informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, a zatem nie zaistniała wskazana podstawa wykluczenia. W tym zakresie odwołujący wskazuje na swoje stanowisko zawarte we wcześniejszych wyjaśnieniach, na które zamawiający powołał się w piśmie „Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty”. Podkreśla, że zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do tego stanowiska, nie wskazał, dlaczego nie uznał złożonych wyjaśnień za wystarczające. Oczywistym dla odwołującego jest, że żaden wykonawca nie dysponuje takimi jak zamawiający narzędziami do weryfikacji danych dotyczących okresu realizacji danego członka personelu. Na etapie przygotowania oferty odwołujący każdorazowo pozyskuje informacje dotyczące okresu realizacji robót, okresu zaangażowania danego członka personelu, zajmowanego stanowiska, pełnionej funkcji, zakresu obowiązków - wyłącznie od konkretnego specjalisty i tylko takimi informacjami dysponuje. Stąd w przypadku uzyskania od członków personelu błędnych danych bądź nieścisłości, odwołujący nie ma nawet możliwości sprawdzenia prawidłowości uzyskanych danych, w tym nie ma możliwości weryfikacji takich informacji na takim poziomie szczegółowości jak zamawiający.

W dalszej treści uzasadnienia odwołujący podnosi, że w przypadku nieuznania przez Izbę za słusznej argumentacji dotyczącej naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 17 ustawy Pzp, działając z daleko posuniętej ostrożności procesowej, wskazuje na zaniechanie przez zamawiającego zastosowania procedury określonej w przepisie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Jego zdaniem zamawiający nie mógł skutecznie wykluczyć odwołującego z postępowania, gdyż nie wyczerpał uprzednio obligatoryjnego wezwania odwołującego do wykazania zastosowania procedury samooczyszczenia określonej w przepisie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Wobec jego brzmienia dokonanie wykluczenia odwołującego jest co najmniej przedwczesne.

Odwołujący podkreśla, że w przypadku, gdy istnieje przypuszczenie zaistnienia jednej z przesłanek wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 8 - tj. jednej z przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 16 - 20 lub ust. 5 - Zamawiający ma obowiązek umożliwić Wykonawcy podjęcie procedury samooczyszczenia. W art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp uregulowana została szczególna instytucja wskazująca na odstąpienie od wykonania czynności wykluczenia wykonawcy - instytucja self-cleaningu, która została uregulowana w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych. Zgodnie z zasadą pro unijnej wykładni przepisów prawa nie jest możliwe wykluczenie wykonawcy przez zamawiającego z naruszeniem zastosowania przepisu art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, stanowiącego przecież implementację przepisu prawa unijnego. Zamawiający może więc wykluczyć wykonawcę jedynie wtedy, gdy wykonawca albo nie powziął żadnych środków mających na celu samooczyszczenie, albo też podjął środki nieodpowiednie. Jeżeli zaś w wyniku przeprowadzonej w ramach postępowania procedury samooczyszczenia zamawiający uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, wykonawca taki nie podlega wykluczeniu. Tymczasem w ramach niniejszego postępowania zamawiający nie podjął żadnych czynności, które umożliwiłyby odwołującemu przedstawienie takich dowodów.

Odwołujący wskazuje ponadto, że zamawiający pismem z dnia 14 marca 2018 r. udostępnił odwołującemu jedynie część dokumentacji postępowania. Wykonawca Egis Sp. z o.o. zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa: (i) Wykaz osób stanowiący integralną część JEDZ, (ii) Formularz „Kryteria pozacenowe”, (iii) Pismo z dnia 26 lutego 2018 roku obejmujące wyjaśnienia dotyczące obu w/w części ofert. Z kolei zamawiający z nieznanymi przyczynami (nie wynika to z dokumentacji postępowania) nie udostępnił odwołującemu swojego pisma z dnia 23 lutego 2018 r., wzywającego Egis Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie pism dotyczących: Wykazu osób stanowiącego integralną część JEDZ oraz Formularza „Kryteria pozacenowe”. Odwołujący wskazuje, że pismo Egis Sp. z o.o. z dnia 26 lutego 2018 r. nie zawiera uzasadnienia odnośnie zastrzeżenia całego pisma jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Tak przynajmniej wynika z udostępnionej struktury pisma. Należy zatem przyjąć, że jedyne uzasadnienie jakie w tym zakresie złożył wykonawca Egis Sp. z o.o. znajduje się w ofercie. Po zapoznaniu się z „Wyjaśnieniem dot. informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa” odwołujący wskazuje, że w części zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zachodzą wszystkie okoliczności, które uzasadniałyby zastrzeżenie części oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa a mianowicie:

- a) brak wykazania posiadania przez zastrzeżoną informację wartości gospodarczej;
- b) brak przedłożenia czy nawet wskazania jakichkolwiek dowodów w zakresie rzeczywistego istnienia klauzul poufności w umowach (czy to o pracę, czy też

- cywilnoprawnych);
- c) brak przedłożenia czy nawet wskazania jakichkolwiek dowodów w zakresie wskazywanej polityki prywatności;
 - d) brak wykazania, że informacje nie zostały nigdzie upublicznione - co jest bardzo istotne wobec faktu, że zamawiający odtajnił wykazy personelu wykonawcy Egis Sp. z o.o. w innych postępowaniach;
 - e) brak wskazania, które elementy zastrzeżonych wykazów są indywidualne i dobrane w sposób specyficzny - a to wobec faktu, że zamawiający prowadzi szereg postępowań, gdzie wymagania odnośnie personelu są analogiczne, co powoduje, że wykonawcy składają takie same wykazy w szeregu ofert, nie indywidualizując ani nie dobierając personelu w sposób specyficzny.

Odwołujący zwraca uwagę, że uzasadnienie zastrzeżenia informacji dotyczących personelu jako tajemnicy przedsiębiorstwa obejmuje 2,5 strony uzasadnienia wykonawcy Egis Sp. z o.o. i nie wykazuje w/w elementów niezbędnych. Wykonawca ten nie wykazał też, że informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa mają jakąkolwiek wartość gospodarczą. Podkreśla, że z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że jest to dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa, który musi zostać wykazany celem skutecznego zastrzeżenia jawności danych – informacji. Tymczasem w uzasadnieniu wskazano jedynie gołosłownie, że informacje mają wartość gospodarczą, bez jakiegokolwiek rozwinięcia tej kwestii. Te braki w uzasadnieniu winny, zdaniem odwołującego, skutkować odtajnieniem wskazanych części oferty. Równie istotną kwestią jest także fakt, że wykonawca Egis Sp. z o.o. zastrzegł całość dokumentów, podczas gdy przmiot tajemnicy przedsiębiorstwa może służyć tylko informacjom, a nie dokumentom. Zatem zamawiający był uprawniony do odmowy dostępu jedynie do części wskazanych dokumentów - tych, które ewentualnie zawierały informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Tymczasem zamawiający z naruszeniem prawa zaniechał udostępnienia całości dokumentów, nie dokonując analizy, które informacje w nich zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, wobec wykazania ziszczenia się przesłanek definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zarzutem odwołania objęte jest też zaniechanie udostępnienia pisma zamawiającego, stanowiącego wezwanie do złożenia wyjaśnień. Pismo to bowiem nie może w ogóle zawierać tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący wnosi o nakazanie udostępnienia tego pisma, gdyż z całą pewnością nie zawiera ono informacji spełniających przesłanki definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazuje, że nie udostępniono mu przedmiotowego pisma w żadnym zakresie, jak chociażby odnoszącym się do terminu odpowiedzi, podstawy prawnej wezwania, ilości osób, którego wezwanie dotyczy, pełnionej funkcji, itp.

W kwestii zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy Egis Sp. z o.o. z postępowania odwołujący wskazuje, że nie zna zakresu personelu wskazywanego przez tego wykonawcę w niniejszym postępowaniu. Jednakże zamawiający w dniu 5 lutego 2018 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Zarządzanie Kontraktem i pełnienie nadzoru nad zadaniem „Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 Warszawa - Kraków, odcinek granica województwa świętokrzyskiego - Kraków, odc. realizacyjny węzeł Szczepanowice (z węzłem) - węzeł Widoma (z węzłem), długości ok. 14 km” odtajnił wykaz osób stanowiący załącznik nr 1 oraz formularz kryteriów pozacenowych - Doświadczenie personelu Konsultanta z oferty Egis Sp. z o.o. i udostępnił te dokumenty odwołującemu. Po zapoznaniu się z tym wykazem odwołujący powziął informacje, że Egis Sp. z o.o. podał nieprawdziwe informacje w ofercie.

Zgodnie z dotychczasowym doświadczeniem można przyjąć, że Egis Sp. z o.o. wskazał w ofercie - kryterium pozacenowe, w niniejszym postępowaniu te same osoby, tj.:

- 1) Inżynier Kontraktu - Z. A.
- 2) Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej - M. S.
- 3) Specjalista ds. rozliczeń - A. S.-K.
- 4) Specjalista ds. roszczeń - A. C.-K.

podając w stosunku do w/w osób nieprawdziwe informacje odnośnie posiadanego przez nich doświadczenia.

Odwołujący wskazuje, że Pan Z. A. w odniesieniu do zadania 1) *Budowa Wielkopolskiej Sieci Szerokopasmowej dla województwa wielkopolskiego* nie pełnił funkcji Inżyniera Kontraktu od początku realizacji robót do wykonania w/w zadania oraz 2) *dostosowania autostrady A2, odc. Konin - Stryków do standardów autostrady płatnej* nie pełnił funkcji Inżyniera rezydenta od początku realizacji robót do wykonania w/w zadania.

Pan M. S. w odniesieniu do zadania 1) *Zarządzanie Projektem Funduszu Spójności nr2004/PL/16/C/PT/002 budowa drogi ekspresowej S8 odc. Radzymin - Wyszków wraz z obwodnicą Wyszkowa, w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót* nie pełnił funkcji Inspektora nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej od początku realizacji robót do wykonania w/w zadania oraz 2) *Pełnienie nadzoru Inwestorskiego nad zadaniem budowa autostrady A4 odcinek węzeł Wieliczka - Węzeł Szarów* nie pełnił funkcji Starszego Inspektora Nadzoru Robót Drogowych od początku realizacji robót do wykonania w/w zadania.

Pani A. S. - Kulpińska w odniesieniu do zadania *dostosowania autostrady A2, odc. Konin - Stryków do standardów autostrady płatnej* nie pełniła funkcji Inspektora ds. rozliczeń od początku realizacji robót do wykonania w/w zadania.

Wykonawca do dnia złożenia odwołania otrzymał od zamawiającego pisma, z których wynika, iż odniesieniu do poniższych osób wykonawca Egis Sp. z o.o. podawał w ofertach nieprawdziwe informacje:

1) Pani A. C. – K., wskazana na stanowisko specjalisty ds. roszczeń - zgodnie z informacjami udostępnionymi przez zamawiającego w/w specjalista nie pełnił żadnej funkcji na wskazanych przez Egis Sp. z o.o. kontraktach. Dodatkowo według najlepszej wiedzy odwołującego Pani A. C. – K. jest pracownikiem działu przetargów - a zatem nie piastuje ani nie piastowała stanowiska specjalisty ds. roszczeń, gdyż są to różne funkcje, rozłączne ze sobą.

dowód: pisma Zamawiającego z dnia 19 marca 2018 r. i 21 marca 2018 r.

2) Pani A. S. – K., wskazana na stanowisko Specjalisty ds. rozliczeń. Zgodnie z informacjami otrzymanymi od Zamawiającego Pani S. – K. nie pełniła w/w funkcji od początku realizacji robót na zadaniu *Zarządzanie projektem unijnym w zakresie budowy drogi ekspresowej S2 od węzła "Konotopa" do węzła "Puławska" długości ok. 15 km wraz z odcinkiem drogi ekspresowej długości ok. 5 km łączącej węzeł "Lotnisko"¹¹ z węzłem "Międzynarodowy Port Lotniczy Okęcie" i z węzłem "Marynarska". Etap III: POW S2- odcinek od węzła "Konotopa" (bez węzła) do węzła "Lotnisko" (bez węzła), w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót* Przed Panią S. – K. na stanowisku Inspektora ds. rozliczeń był Pan G. S., który pełnił przedmiotową funkcję od dnia podpisania umowy z Konsorcjum firm: Arcadis Sp. z o.o., Egis Poland Sp. z o.o., Egis Route - Scetauroute S.A. tj. od dnia 16 lipca 2010 r. do dnia 3 sierpnia 2010 r. Pani S. –K. pełniła swoją funkcję od dnia 4 sierpnia 2010 r. do dnia 31 października 2014 r. Roboty budowlane rozpoczęły się z dniem 1 lipca 2010 r.

Zamawiający, w dniu 22 marca 2018 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił, w dniu 25 marca 2018 r. **Egis Poland Sp. z o.o. 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182** – zwany dalej „przystępującym”. Przystępujący w złożonym piśmie procesowym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający w piśmie wniesionym do akt sprawy w dniu 3 kwietnia 2018 r., przed otwarciem posiedzenia wyznaczonego na dzień 4 kwietnia 2018 r., wniósł odpowiedź

na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie w części w jakiej odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa zawartych w piśmie przystępującego z dnia 26 lutego 2018 r. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący, wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, na posiedzeniu w dniu 4 kwietnia 2018 r. wniósł sprzeciw, ustnie do protokołu, zgodnie z art. 186 ust. 5 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad 00-874 Warszawa, ul. Wronia 53** w imieniu którego postępowanie prowadzi **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku 80-354 Gdańsk, ul. Subisława 5** prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pn. „Budowa drogi ekspresowej S6 Słupsk - Gdańsk na odcinku Lębork (wraz z Obwodnicą Lęborka) - Obwodnica Trójmiasta z podziałem na dwie części zamówienia:

1. Część nr 1: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Budowa drogi ekspresowej S6 Słupsk – Gdańsk 4 na odcinku Lębork (wraz z Obwodnicą Lęborka) - Obwodnica Trójmiasta. Zadanie 3: w. Luzino (bez węzła) – w. Szemud (z węzłem);
2. Część nr 2: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Budowa drogi ekspresowej S6 Słupsk – Gdańsk na odcinku Lębork (wraz z Obwodnicą Lęborka) - Obwodnica Trójmiasta. Zadanie 4: w. Szemud (bez węzła) – w. Gdynia Wielki Kack (z węzłem);

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu, opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2017/S 138-283563 w dniu 21 lipca 2017 r. oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) zawarł szczegółowe wymagania odnośnie osób uczestniczących w realizacji zamówienia (sekcja III Ogłoszenia o zamówieniu, pkt 7.2. ppkt 3) SIWZ). Jednocześnie opisując kryteria oceny ofert w Sekcji II Ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 19 SIWZ wskazał, że przy ocenie ofert będzie stosował następujące kryteria: cena – 60 pkt, jakość – 22 pkt, doświadczenie personelu konsultanta – 18 pkt. W pkt 19.1.3. SIWZ

Zamawiający opisał elementy, które będzie brał pod uwagę w ocenie kryterium „Doświadczenie personelu konsultanta”: wskazując, że punkty zostaną przyznane w skali punktowej od 0 do 18 punktów, na podstawie Oferty Wykonawcy - Formularz „Kryteria pozacenowe” (Formularz 2.1 / Formularz 2.2). Zaznaczył, że niezłożenie Formularza „Kryteria pozacenowe” skutkować będzie przyznaniem 0 punktów w kryterium „Doświadczenie personelu Konsultanta”. W pkt 19.1.3.2. SIWZ – znalazły się następujące zapisy: opis podkryteriów i sposobu przyznawania punktów:

- 1) Podkryterium 2.1. Inżynier Kontraktu – max. ilość punktów – 4. Doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę, przebudowę lub remont lub nadzór nad budową, przebudową lub remontem Obiektu Budowlanego (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 7.2.3) b) ppkt 1) IDW – Tom I SIWZ) o wartości robót: - dla Części nr 1 co najmniej 150 000 000,00 PLN netto każde; - dla Części nr 2 co najmniej 200 000 000,00 PLN netto każde; od rozpoczęcia robót do wykonania zadania (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 19.1.3.3. IDW – Tom I SIWZ) na stanowisku/stanowiskach: Inżyniera Kontraktu lub Dyrektora Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lub Zastępcy Dyrektora Kontraktu lub Zastępcy Inżyniera Kontraktu/Inżyniera Rezydenta, który był zgłoszony do zamawiającego oraz posiadał odpowiednie pełnomocnictwa do reprezentowania Inżyniera.
 - Za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 2 punkty.
 - Za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 4 punkty.
 - Za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów.
 - Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów.
- 2) Podkryterium 2.2. Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej – max. ilość punktów – 4. Doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic dwujezdniowych klasy min. GP o wartości robót: - dla Części nr 1 co najmniej 150 000 000,00 PLN netto każde; - dla Części nr 2 co najmniej 200 000 000,00 PLN netto każde; od rozpoczęcia robót do wykonania zadania (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 19.1.3.3. IDW – Tom I SIWZ) na stanowisku/ stanowiskach: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych lub Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej lub Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta.

- Za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 2 punkty.
 - Za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 4 punkty.
 - Za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów.
 - Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów.
- 3) Podkryterium 2.3. Specjalista ds. rozliczeń – max. ilość punktów – 4. Doświadczenie przy rozliczaniu zadania obejmującego budowę, przebudowę lub remont Obiektu Budowlanego (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 7.2.3) b) ppkt 4) IDW – Tom I SIWZ) o wartości robót: - dla Części nr 1 co najmniej 150 000 000,00 PLN netto każde; - dla Części nr 2 co najmniej 200 000 000,00 PLN netto każde; od rozpoczęcia robót do wykonania zadania (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 19.1.3.3. IDW – Tom I SIWZ) na stanowisku/ stanowiskach ds. rozliczeń.
- Za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 2 punkty.
 - Za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 4 punkty.
 - Za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów.
 - Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów.
- 4) Podkryterium 2.4. Specjalista ds. roszczeń – max. ilość punktów – 3. Doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub remont lub nadzór nad budową lub przebudową lub remontem Obiektu Budowlanego (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 7.2.3) b) ppkt 5) IDW – Tom I SIWZ) o wartości robót: - dla Części nr 1 co najmniej 150 000 000,00 PLN netto każde; - dla Części nr 2 co najmniej 200 000 000,00 PLN netto każde; od rozpoczęcia robót do wykonania zadania (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 19.1.3.3. IDW – Tom I SIWZ) na stanowisku/ stanowiskach: stanowisku ds. roszczeń lub Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lub Zastępcy Inżyniera Kontraktu/Inżyniera Rezydenta, który był zgłoszony do Zamawiającego oraz posiadał odpowiednie pełnomocnictwa do reprezentowania Inżyniera.
- Za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 1 punkt.
 - Za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 3 punkty.

- Za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów.
 - Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów.
- 5) Podkryterium 2.5. Technolog – max. ilość punktów – 3. Doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę lub przebudowę dróg lub ulic dwujezdniowych klasy min. GP, które dotyczyło budowy lub przebudowy dróg lub ulic z nawierzchnią bitumiczną, od rozpoczęcia robót do wykonania zadania (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 19.1.3.3. IDW IDW – Tom I SIWZ) na stanowisku/ stanowiskach: Główny Technolog lub Technolog lub Inspektor Nadzoru ds. materiałowych lub Główny Specjalista ds. technologii i materiałów lub Kierownik Laboratorium lub Naczelnik Wydziału Technologii.
- Za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 1 punkt.
 - Za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 3 punkty.
 - Za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów.
 - Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów. W pkt 19.1.3.3. SIWZ zamawiający zawarł zastrzeżenie, że jako wykonanie zadania należy rozumieć wystawienie co najmniej Świadectwa Przejęcia (dla zadań realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC) lub podpisanie protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zadań, dla których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia). Ponadto zgodnie z zapisem pkt 19.1.3.5. SIWZ Zamawiający poinformował, że Formularz „Kryteria pozacenowe” w zakresie podkryterium „Doświadczenie personelu Konsultanta” nie stanowi dokumentu składanego w celu potwierdzenia spełniania warunków, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp może mieć zastosowanie jedynie w zakresie wyjaśnienia treści złożonych ofert. W następstwie czynności złożenia wyjaśnień Wykonawca nie może uzupełniać Formularza „Kryteria pozacenowe” w zakresie podkryterium „Doświadczenie personelu Konsultanta” o dodatkowe zadania nieujęte w Formularzu lub dokonywać ich zmiany. Jeśli w wyniku zastosowania procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie okoliczności, o których mowa w 25 ust. 1 ustawy Pzp Wykonawca dokona zmiany osoby wskazanej na stanowisko, które podlega ocenie i punktacji w ramach kryterium „Doświadczenie personelu Konsultanta” -podkryterium od 2.1. do 2.5. - wówczas Zamawiający w ramach tego podkryterium nie przyzna punktów.

W dniu 12 stycznia 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty dla części 2 zamówienia, wybierając ofertę odwołującego i przyznając jej 100,00 pkt w kryteriach oceny ofert (w tym w kryterium „doświadczenie personelu konsultanta” maksymalną liczbę punktów). Oferta przystępującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji, otrzymując 95,57 pkt. (w tym w kryterium „doświadczenie personelu konsultanta” maksymalną liczbę punktów).

W wyniku pozyskanych informacji, dotyczących nieprawidłowości w zakresie oceny ofert w niniejszym postępowaniu, w związku z podaniem nieprawdziwych informacji w ofercie odwołującego, zamawiający zwrócił się do odwołującego w dniu 13 lutego 2018 r. z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień w zakresie doświadczenia personelu wskazanego w „Wykazie osób”, przewidzianego dla części 2. Udzielając wyjaśnień w przedmiotowym zakresie odwołujący przyznał, iż podane informacje są niezgodne z prawdą, jednocześnie zaznaczył, że informacje podane w formularzu zostały pozyskane od personelu, którym dysponuje wykonawca, a na których to oświadczeniach odwołujący się opiera. Zaznaczył również, iż niektóre z danych tam wymienionych zostały podane omyłkowo, lecz odwołujący nie uczynił tego w sposób celowy i zamierzony.

Zamawiający, w wyniku uzyskanych wyjaśnień, dokonał powtórnej oceny złożonych w postępowaniu ofert, wykluczając odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp i dokonując, w dniu 12 marca 2018 r., wyboru najkorzystniejszej oferty dla części 2 zamówienia, złożonej przez: Egis Poland Sp. z o.o. 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182.

Z decyzją zamawiającego nie zgodził się odwołujący, składając odwołanie w dniu 22 marca 2018 r.

Izba, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ (z którymi Izba zapoznała się zaliczając z urzędu w poczet materiału dowodowego akta sprawy o sygn. akt KIO 120/18, KIO 133/18, KIO 135/ 18), ofertą odwołującego i przystępującego złożonymi w postępowaniu, korespondencją prowadzoną przez zamawiającego z wykonawcami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w kwestionowaniu decyzji podjętych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenia zamówienia publicznego. Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp i ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się zarzutów i naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W przypadku gdyby potwierdziły się zarzuty odwołania odnoszące się do niezgodnego z przepisami ustawy Pzp wykluczenia odwołującego z postępowania uzyskałby on zamówienie, bowiem jego oferta – w świetle ustanowionych w postępowaniu kryteriów oceny ofert – byłaby najkorzystniejsza.

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

Izba odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów, zważyła co następuje:

- I. W zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania pomimo, iż odwołujący nie przedstawił w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w toku postępowania; naruszenia art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia uzupełnień Izba uznała, że rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie

Na wstępie, mając na uwadze charakter sporu między stronami, dotyczący kwestii prawnych, Izba pragnie sformułować kilka uwag natury ogólnej.

Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020), która weszła w życie z dniem 28 lipca 2016 r. wprowadziła liczne zmiany, między innymi w zakresie dokumentów składanych przez wykonawców oraz formy w jakiej te dokumenty mają być składane. Ustawodawca krajowy przewidział, za prawodawcą unijnym, że głównym źródłem wiedzy zamawiającego odnośnie spełniania warunków udziału w postępowaniu, elementów mogących mieć wpływ na ocenę w kryteriach oceny ofert, jak też elementów związanych z przedmiotem zamówienia, staną się oświadczenia własne wykonawcy. Odzwierciedleniem tego podejścia jest przepis art. 24 aa ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający, opierając

się na oświadczeniu podmiotu składającego ofertę, dokonuje oceny złożonych ofert, ograniczając się następnie do badania oferty uznanej za najkorzystniejszą. Tym samym innego niż dotychczas znaczenia nabierają kwestie prawdziwości oświadczeń składanych przez wykonawcę w toku postępowania, jak też rzetelność przekazywanych informacji. Skutkiem bowiem prezentowanych przez wykonawcę danych jest nie tylko kwestia oceny zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z SIWZ, spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale też uzyskanie określonej pozycji w rankingu ofert, a w rezultacie uznanie oferty tego wykonawcy za najkorzystniejszą.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu podjął decyzję o wyborze oferty odwołującego, uznając za prawdziwe i rzetelne informacje odnoszące się do personelu wykonawcy. Po uzyskaniu informacji od podmiotu trzeciego, dotyczących nieprawidłowości w zakresie oceny ofert w niniejszym postępowaniu, w związku z podaniem nieprawdziwych informacji w ofercie odwołującego, zamawiający zwrócił się do niego w dniu 13 lutego 2018 r. o udzielenie wyjaśnień w zakresie doświadczenia personelu wskazanego w „Wykazie osób”, przewidzianego dla części 2. Odwołujący nie zaprzeczył, że w jego ofercie znalazły się informacje dotyczące wiedzy i doświadczenia personelu niezgodne ze stanem rzeczywistym, jednakże wyjaśniał, że informacje podane w formularzu zostały pozyskane od personelu, którym dysponuje, a na których to oświadczeniach się opierał. Zaznaczył również, iż niektóre z danych tam wymienionych zostały podane omyłkowo, lecz odwołujący nie uczynił tego w sposób celowy i zamierzony. Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. W związku z tym, iż dane dotyczące personelu zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa swoje stanowisko uzasadnił szczegółowo w załączniku, zastrzegając jego treść. Kwestią sporną między stronami nie była jednak kwestia danych zawartych w załączniku „Wykaz osób”, lecz fakt wykluczenia odwołującego z postępowania w sytuacji, gdy ten nie wskazał w swojej ofercie niezgodnych z rzeczywistością informacji w sposób zawiniony.

Należy zauważyć, że wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przesłankę art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp następuje w sytuacji łącznego wystąpienia następujących elementów:

- 1) przedstawienie przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego;
- 2) przedstawiane informacje mogą mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w prowadzonym postępowaniu;
- 3) przedstawienie tych informacji nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy.

W ocenie Izby wszystkie one wystąpiły w niniejszym postępowaniu w odniesieniu do odwołującego, a zatem zamawiający zobligowany był do zastosowania wobec niego cytowanego przepisu ustawy Pzp.

Odwołujący złożył wraz z ofertą „Wykaz osób”, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Jak wynika z treści odwołania, jak też stanowiska odwołującego prezentowanego na rozprawie nie kwestionował on, że zawarte w nim informacje były niezgodne z rzeczywistością. Odwołujący wskazał na niezgodność tych informacji z faktami podnosząc jednocześnie, że niezgodność ta wystąpiła „zaledwie” w stosunku do dwóch, spośród wielu wskazanych w ofercie, członków personelu. Podnosił również, że w związku z tym, że przekazanie niezgodnych z rzeczywistością danych było wynikiem omyłki, nie można uznać, że dane te były nieprawdziwe. Również fakt, że źródłem informacji na ten temat byli sami członkowie personelu odwołującego powoduje, jego zdaniem, że inna powinna być ocena niniejszej sytuacji a w rezultacie inny skutek przekazania nierzetelnych informacji. Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić. W ocenie Izby dla stwierdzenia niezgodności informacji z rzeczywistością nie ma znaczenia ani kwestia źródła przekazywanych danych ani też intencja wykonawcy, w końcu także w jakim zakresie (w stosunku do ilu członków personelu) owe nierzetelne dane zostały zaprezentowane.

Ponadto należy wskazać, iż kwestia oceny ofert w postępowaniu, zgodnie z przyjętymi kryteriami określonymi przez zamawiającego w SIWZ jest, obok oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, jednym z najistotniejszych elementów, albowiem w wyniku tej czynności dochodzi do wyboru oferty najkorzystniejszej w danym postępowaniu. Po jej dokonaniu, w procedurze odwróconej jaką zastosował zamawiający, zgodnie z art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca który uzyskał najwyższą liczbę punktów zostaje wezwany do złożenia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 1 lub art. 26 ust. 2 ustawy Pzp. W niniejszej sprawie bezspornym jest, iż oferta odwołującego oceniona została jako najkorzystniejsza, a ocena dokonana w kryterium „doświadczenie personelu konsultanta” miała wpływ na ranking ofert. Na podstawie przekazanych przez odwołującego danych w zakresie doświadczenia osób, zamawiający przyznał tej ofercie maksymalną ilość punktów. Dopiero w wyniku działań zamawiającego, który wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, ten przyznał, że doszło do pomyłki z jego strony a przekazane informacje są w pewnym zakresie nierzetelne.

Ponadto należy wskazać, że ustawodawca przewidział w art. 24 ust. 1 dwie przesłanki dla wykluczenia wykonawcy z postępowania w przypadku wprowadzenia w błąd zamawiającego, przy czym przesłanka wykluczenia zawarta w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp jest bardziej pojemna i zawiera w sobie przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16

ustawy Pzp, które określić można jako kwalifikowane przypadki wprowadzenia w błąd (w przepisie jest bowiem mowa o zamierzonym działaniu wykonawcy i rażącym niedbalstwie). Tymczasem dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 wystarczającym jest stwierdzenie lekkomyślności lub niedbalstwa ze strony wykonawcy i przez pryzmat tego należy oceniać jego działania.

Mając na uwadze przedstawione dowody, jak też łatwość pozyskania informacji wskazujących na prawdziwy stan rzeczy, Izba uznała, że odwołującemu można przypisać choćby niedbalstwo lub brak dołożenia należytej staranności. Odwołujący, w toku rozprawy podnosił, że informacje na temat doświadczenia personelu, które prezentował w swojej ofercie mogły zostać pozyskane jedynie od osób, które wymieniał, a które pełnić miały przewidziane w projekcie funkcje. Podnosił, że nie jest w stanie uzyskać informacji w inny sposób niż u źródła albowiem sam zamawiający, w odpowiedzi na kierowane do niego zapytania, odmawia takich informacji. Przedstawiał również na tą okoliczność dowody w postaci odpowiedzi udzielanych przez zamawiającego, w których odmawiał on udzielenia informacji odnośnie osób pełniących funkcje na realizowanych przez niego kontraktach. To, zdaniem odwołującego dowodzić miało faktu, iż jedynym źródłem informacji odnośnie doświadczenia posiadanego przez wskazany przez niego w ofercie personel – były jedynie te osoby. W tym zakresie Izba uznała, że po pierwsze wbrew twierdzeniom odwołującego możliwe było dotarcie do rzeczywistych danych, albowiem uzyskał je podmiot trzeci, który zwrócił zamawiającemu uwagę na nieprawidłowości w dokonanej przez niego ocenie ofert. Ponadto to obowiązkiem wykonawcy jest samodzielne ustalenie rzeczywistych danych prezentowanych w składanych oświadczeniach. Mając na uwadze wagę i charakter informacji oraz ich wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego to jego obciąża konieczność zweryfikowania prawdziwości przekazywanych informacji przez osoby, którymi wykonawca dysponuje. Zasadą wykonawcy winno być ograniczone zaufanie do informacji przekazywanych przez inne podmioty i osoby przede wszystkim z tego powodu, że konsekwencje ich przekazania obciążają nie podmiot czy osobę tych informacji udzielających, ale wykonawcę biorącego udział w postępowaniu i składającego stosowne oświadczenie. W interesie odwołującego było dokonanie weryfikacji danych, które pozyskał od osób z nim współpracujących zwłaszcza, że jak sam przyznał, w tym samym czasie składał wiele ofert w których deklarował dysponowanie tym samym personelem a zatem w podobnych postępowaniach przetwarzał te informacje, dopasowując niejako pozyskane dane do wymagań określonych przez zamawiającego w zakresie warunków udziału w danym postępowaniu.

Nie mógł również znaleźć aprobaty argument co do braku możliwości wprowadzenia w błąd zamawiającego z tego powodu, iż ten dysponował danymi zawartymi w wykazie, albowiem zadania realizowane przez te osoby wykonywane były na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad. Izba podziela w tym zakresie stanowisko zamawiającego, że biorąc pod uwagę jego rozbudowaną strukturę oraz fakt, że poszczególne zamówienia realizowane są przez różne oddziały zamawiającego, nie ma on pełnej wiedzy o kontraktach, jak też osobach w nich uczestniczących. Dla oceny zaistnienia przesłanki wykluczenia odwołującego z postępowania w oparciu o przesłankę art. 24 ust. 1 pkt 17 nie może mieć znaczenia sama potencjalna możliwość wykrycia danych niezgodnych z rzeczywistością, bowiem czyniłoby to ową instytucję martwą.

Izba wskazuje również, że zgodnie z art. 14 ustawy Pzp do oceny czynności dokonywanych przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego – dalej kc, a zgodnie z jego art. 355 § 1 dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przez należytą staranność rozumie się określony sposób postępowania, mający prowadzić do spełnienia świadczenia, pewien model czy wzorzec skonstruowany z reguł postępowania (Kodeks cywilny – komentarz; red. E. Gniewek, p. Machnikowski CH BECK Warszawa 2017 r.) Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (tak w Wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (tak w Wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż zgodnie z art. 355 §2 kc należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, a zatem konstruując wzorzec należytej staranności przedsiębiorcy w stosunkach jednostronnie i obustronnie profesjonalnych należy brać pod uwagę to, że jego działalność ma charakter profesjonalny (zawodowy), co oznacza między innymi, że prowadzona jest stale i przynajmniej w założeniu, oparta na szczególnej wiedzy i umiejętnościach. Prowadzenie działalności profesjonalnej uzasadnia zwiększone oczekiwania otoczenia co do wiedzy, skrupulatności i rzetelności podmiotu prowadzącego taką działalność (Kodeks cywilny – komentarz; red. E. Gniewek, p. Machnikowski CH BECK Warszawa 2017 r.). Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia

publicznego. W tym wypadku wzorzec należytej staranności nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości bowiem te, składane w toku przetargu, zmierzają do udzielenia zamówienia publicznego temu właśnie wykonawcy i mają wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Zatem jeżeli odwołujący przedstawił w złożonym przez siebie oświadczeniu informacje odnośnie osób którymi dysponuje, pozostające w sprzeczności z faktami, zaś podmiot trzeci dotarł do właściwych informacji uznać należy, że wykazał się on co najmniej niedbalstwem wpisującym się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Nie znajdują również, w realiach niniejszej sprawy, uzasadnienia zarzuty odwołującego naruszenia art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia uzupełnień. W przypadku bowiem stwierdzenia przez zamawiającego zawinionego wprowadzenia w błąd przy przedstawieniu informacji, iż odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, obowiązkiem zamawiającego było zastosowanie instytucji opisanej w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zastosowanie w tym przypadku instytucji wynikającej z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp powodowałoby zastąpienie nieprawdziwych informacji informacjami prawdziwymi. Jeśli wykonawca jest winny wprowadzenia w błąd zamawiającego poprzez podanie nieprawdziwych danych w złożonym oświadczeniu, nie można jednocześnie twierdzić, że zawarte tam dane zawierają błędy i wzywać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie. Zamiarem wykonawcy składającego takie oświadczenie jest bowiem chęć potwierdzenia, że spełnił on warunki udziału w postępowaniu, co w takim przypadku dokonywane jest na podstawie tychże nieprawdziwych informacji.

Nie sposób również zgodzić się z odwołującym, że zamawiający naruszył przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Stanowi on, że zamawiający w toku badania i oceny ofert może żądać od wykonawcy wyjaśnień, jednakże niedopuszczalne jest prowadzenie negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, jak też dokonywanie jakichkolwiek zmian w jej treści. Izba podziela pogląd prezentowany przez zamawiającego, że jego zastosowanie w tym postępowaniu prowadziło do zmiany treści oferty odwołującego.

II. W zakresie naruszenia przepisu art. 24 ust. 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia dowodów na to, że podjął środki wystarczające do wykazania rzetelności Izba nie dopatrzyła się naruszenia cytowanych przepisów ustawy Pzp

Odwołujący, z ostrożności procesowej, sformułował również zarzut naruszenia art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, w przypadku nie podzielenia przez Izbę zarzutu naruszenia art. 24 ust.1 pkt 17 ustawy Pzp. Ten również, w ocenie Izby, nie może znaleźć aprobaty.

Na wstępie należy zauważyć, że instytucja samooczyszczenia jest tłumaczeniem funkcjonującego w przepisach europejskich pojęcia „self-cleaning”. Dotyczy ona sytuacji w której wykonawca, chociaż istnieją wobec niego podstawy wykluczenia, zostanie dopuszczony do udziału w postępowaniu. Decyzja zamawiającego o tym, aby wykonawcy nie wykluczać z ubiegania się o zamówienie następuje każdorazowo po przeprowadzeniu określonej procedury sanacyjnej, w której ten udowodni zamawiającemu że podjął środki niezbędne, powodujące że nie popełni on podobnego czynu w przyszłości. Art. 24 ust. 8 i ust. 9 ustawy Pzp opisuje procedurę, która może pozwolić wykonawcy na ubieganie się o zamówienie publiczne, pomimo zaistnienia wobec niego przesłanek wykluczenia opisanych w art. 24 ust. 5 oraz w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14, 16 – 20. Instytucję tę należy zatem rozumieć w taki sposób, iż wykonawca, wiedząc i mając świadomość co do tego, iż zaistniały wobec niego przesłanki wykluczenia z postępowania, opisane w cytowanych przepisach, korzysta z przysługującego mu uprawnienia do udowodnienia zamawiającemu, że podjął on starania w celu wyeliminowania w przyszłości sytuacji, które miały wpływ na zaistnienie wobec niego przesłanki wykluczenia go z możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne.

W ocenie Izby, inicjatywa w zakresie wszczęcia procedury samooczyszczenia należy do wykonawcy. Winien on w pierwszej kolejności wskazać, że zaistniała wobec niego podstawa wykluczenia z postępowania, opisując jednocześnie jakie działania naprawcze podjął w celu wyeliminowania podobnych zdarzeń w przyszłości. Informacje takie winny znaleźć się już w oświadczeniu, składanym na podstawie art. 25a ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp (a zatem w niniejszym postępowaniu w dokumencie JEDZ, który zawiera w swojej treści odpowiednie pozycje w części III Formularza). Zauważyć należy także, że o istnieniu podstawy wykluczenia, jak też o podjętych przez wykonawcę działaniach, zamawiający winien dowiedzieć się bezpośrednio od wykonawcy. Nie można zatem odnieść niniejszego do sytuacji w której zamawiający dowiaduje się od podmiotu trzeciego o zamieszczeniu przez wykonawcę w ofercie nieprawdziwych informacji, następnie w wyniku ich weryfikacji wykonawca przyznaje się do podania nierzetelnych informacji, w następstwie czego, w tej samej procedurze przyznając, że zaistniała wobec niego przesłanka wykluczenia go

z postępowania o zamówienie publiczne jednocześnie przedkłada dowody na okoliczność tego, że podjął środki wystarczające wykazaniu jego rzetelności. Takie rozumienie tej instytucji byłoby jej wypaczeniem. Za każdym razem nierzetelny, przedstawiający w ofercie nieprawdziwe informacje wykonawca, broniłby się w taki właśnie sposób, unikając sankcji w postaci wykluczenia go z postępowania o zamówienie publiczne.

Izba podziela zatem pogląd prezentowany w Wyroku KIO z dnia 13 lutego 2018 r. (sygn. akt KIO 185/ 18), że dopuszczalność samooczyszczenia się wykonawcy aktualna staje się dopiero w kolejnym postępowaniu, kiedy to fakt oraz podstawa wykluczenia go z poprzedniego postępowania są mu znane. Tym samym jej zastosowanie w niniejszym przypadku jest niedopuszczalne.

III. W kwestii naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1 - 3 i w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, zawartych w w/w dokumentach, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Izba uznała zasadność tego zarzutu

Izba w pierwszej kolejności pragnie zauważyć, że na przeszkodzie uwzględnienia odwołania z tego powodu stoi art. 192 ust. 2 ustawy Pzp w związku z tym, iż odtajnienie informacji zastrzeżonych przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa nie może mieć wpływu na wynik niniejszego postępowania. Przepis ten stanowi, że Izba może uwzględnić odwołanie w sytuacji, gdy naruszenie przez zamawiającego przepisów miało lub mogłoby mieć wpływ na wynik postępowania o zamówienie publiczne. Rozpoznając zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp Izba uznała, że odwołujący winien zostać wykluczony z przedmiotowego postępowania, a zatem nie ma możliwości zmiany jego wyniku w sposób pozwalający odwołującemu uzyskać zamówienie.

Przechodząc do oceny merytorycznej podnoszonego zarzutu Izba na wstępie pragnie podkreślić, że jawność prowadzenia postępowania leży u podstaw funkcjonowania systemu zamówień publicznych. Dlatego też ograniczenia w tym zakresie mogą mieć miejsce wyłącznie w sytuacjach szczególnych, w przypadku spełnienia wskazanych w przepisach prawa przesłanek.

Wyjątkiem od zasady jawności postępowania są przypadki wyłączenia udostępnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Dostrzec należy zmianę jaką wprowadził ustawodawca w treści tego przepisu. W poprzednim stanie prawnym nie istniał obowiązek wykazania przez wykonawcę,

że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ustawodawca uznał jednak, że nagminne stało się zastrzeganie ofert przez wykonawców z tego tylko powodu aby uniemożliwić innym uczestnikom rynku weryfikację danych zawartych w ich ofertach. W konsekwencji na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zaś rolą zamawiającego stało się ustalenie czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone dane stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, przystępujący zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 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.

W ocenie Izby, aby sprostać obowiązkowi „wykazania” nie jest wystarczające jedynie wskazanie i uzasadnienie przyczyn dla których objął daną informację tajemnicą. Wprawdzie przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie wprowadza konieczności „złożenia dowodów”, jednakże zależnie od sytuacji wykonawcy, zakresu i charakteru zastrzeganych informacji, w niektórych sytuacjach koniecznym może stać się również złożenie odpowiednich dowodów.

Zamawiający, w niniejszym postępowaniu zastrzegł następujące dokumenty:

1. wykaz osób, stanowiący integralną część JEDZ
2. formularz „kryteria pozacenowe”
3. pismo Egis Sp. z o.o. z dnia 26 lutego 2018 r., obejmujące wyjaśnienia dotyczące obydwu części oferty
4. pismo zamawiającego z dnia 23 lutego 2018 r. wzywające do złożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym wykazu i formularza, opisanych w pkt 1 i 2 powyżej

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający uwzględnił zarzuty w zakresie w jakim dotyczyły odtajnienia pisma Egis Sp. z o.o. z dnia 26 lutego 2018 r., obejmujące wyjaśnienia dotyczące obydwu części oferty. Argumentował, że dla skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa wystarczy „rzeczowe uzasadnienie” wykonawcy w tym zakresie, nie jest konieczne „udowodnienie” czy też „przedstawienie dowodów” na okoliczności wskazane w piśmie. Z takiego stanowiska zamawiającego wynikała decyzja o uwzględnieniu odwołania w części dotyczącej pisma Egis Sp. z o.o. z dnia 26 lutego 2018 r. w którym, zdaniem zamawiającego, przystępujący nie zamieścił szczegółowego uzasadnienia a jedynie zaznaczył, że całość wyjaśnień oraz załącznik „Wykaz osób” jest zastrzeżony jako tajemnica

przedsiębiorstwa, w związku z zastrzeżeniem analogicznych danych w ofercie.

Izba dokonała analizy „Wyjaśnień dotyczących zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa” złożonych przez przystępującego Egis Sp. z o.o. w piśmie z dnia 16 października 2017 r. stwierdzając, że nie zostały spełnione przesłanki dla uznania, że informacje zawarte w „Wykazie osób” jak też zamieszczone w formularzu w zakresie niezbędnym do oceny oferty na podstawie kryterium oceny ofert „doświadczenie personelu konsultanta” stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w związku ze ziszczeniem się przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ogólne twierdzenia przystępującego, że „informacje dotyczące potencjału kadrowego Spółki, w tym informacje dotyczące imion oraz nazwisk ekspertów oraz ich doświadczenia, są informacjami organizacyjnymi przedsiębiorstwa Wykonawcy, pokazują bowiem jakim personelem Wykonawca zamierza obsadzić kluczowe stanowiska na kontrakcie, o udzielenie którego się ubiega – jakim personelem Wykonawca dysponuje i w jaki sposób dobiera go do poszczególnych kontraktów, w jaki sposób nawiązuje z tymi osobami stosunki umowne” należy uznać za nieprzekonywujące. Należy zauważyć, że zamawiający wymagał aby w wykazie osób zawarta był ograniczona ilość informacji na temat osób, którymi wykonawca dysponuje: imię i nazwisko osoby, część jej doświadczenia zawodowego, podstawa dysponowania daną osobą, stanowisko na kontrakcie. Te informacje służyć miały jedynie celowi, którym była ocena spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Analogiczne informacje zawarte być miały w dokumencie „doświadczenie personelu konsultanta”, które to z kolei służyły zamawiającemu ocenie w zakresie pozacenowego kryterium oceny ofert.

Dalsza argumentacja przystępującego dotycząca tego, że przekazywane informacje stanowią wartość gospodarczą, albowiem personel wykonawcy stanowi jego podstawowy „kapitał”, za jego pomocą realizowane są zamówienia publiczne a zarówno wiedza o kwalifikacjach personelu jak też potencjale, którym wykonawca dysponuje mają taką wartość, również nie może znaleźć akceptacji. Przystępujący próbował również dowodzić, że pomimo tego, że możliwe jest odtworzenie części informacji np. poznając imię i nazwisko eksperta można pozyskać wiedzę o jego doświadczeniu, lub też wiedząc jakim doświadczeniem musi legitymować się dany ekspert – pozyskać wiedzę na temat osoby która te warunki spełnia, nie zmienia to sytuacji albowiem wykonawca przekazuje cały pakiet danych w jednym postępowaniu a to samo w sobie winno być objęte ochroną. Izba nie podziela w tej kwestii stanowiska przystępującego, że taki zbiór danych stanowi szczególny pakiet informacji, którego ujawnienie naruszyłoby tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy. Jak sam przyznał przystępujący na podstawie konkretnych wymagań zamawiającego, opisanych w dokumentacji przetargowej, możliwe jest zidentyfikowanie jaka osoba zdolna

jest spełnić warunki udziału w postępowaniu. Jest również powszechną na rynku wiedzą jaka osoba współpracuje z danym wykonawcą chociażby z tego powodu, że dane dotyczące udziału tych osób w innych projektach stanowią informację publiczną. Dowodem na to, że pozyskanie wiedzy w tym zakresie jest możliwe stanowi fakt, iż mimo zastrzeżenia w ofercie jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu osób uczestniczących w realizacji zamówienia przez odwołującego – informacje te pozyskał podmiot trzeci.

Również Krajowa Izba Odwoławcza, w swoich wyrokach, także w odniesieniu do oferty przystępującego wskazywała, że co do zasady brak jest podstaw prawnych dla obejmowania tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu osób kierowanych do pełnienia określonych funkcji w postępowaniu (tak w Wyroku z dnia 13 marca 2017 r. sygn. akt KIO 385/ 17; w Wyroku KIO z dnia 9 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 2633/ 17).

Oceniając w tym zakresie działania zamawiającego Izba uznała, że ten nie podjął nawet próby oceny prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego, prezentując w tym zakresie podejście „formalistyczne”. Samo bowiem stwierdzenie przez wykonawcę, iż zastrzega określone informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa nie zwalnia zamawiającego z obowiązku zbadania zarówno treści w tych dokumentach zawartych, jak też jakie okoliczności towarzyszą temu zastrzeżeniu. W niniejszej sprawie nie sposób nie uznać, że zastrzeżenia dokonane przez wykonawców miały jedynie na celu uniemożliwienie weryfikacji danych zawartych w ofertach przez innych uczestników rynku. Dane te miały kluczowe znaczenie w postępowaniu albowiem miały wpływ na ocenę i ranking ofert. Izba nie podziela argumentacji zamawiającego, który stwierdza, że sam fakt zastrzeżenia przez wykonawcę jako tajemnicy przedsiębiorstwa tych danych oraz uzasadnienie, że ich ewentualne ujawnienie mogłoby negatywnie wpłynąć na sytuację przedsiębiorcy był wystarczający do uznania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie zgadza się również ze stanowiskiem zamawiającego, że nie musi on prowadzić żadnego postępowania wyjaśniającego w tym zakresie, a jedynie przyjąć wyjaśnienia wykonawcy jako wiarygodne. Kwestii oceny przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie można bowiem sprowadzać do kwestii czysto formalnych, a zatem samego faktu zastrzeżenia informacji i wskazania argumentów. W rezultacie takiego podejścia zamawiający doszedł do wniosku, że nie miał podstaw dla uznania za nie odtajnione treści pisma Egis z dnia 26 lutego 2018 r., bowiem to nie zawierało pełnego uzasadnienia odnośnie zastrzeżenia jego treści jako tajemnicę przedsiębiorstwa a jedynie wzmiankę, że przystępujący zastrzega tą informację na zasadach analogicznych jak poprzednio składane w postępowaniu dokumenty tj. „wykaz osób” oraz formularz „kryteria pozacenowe”. Z powyższych powodów Izba uznała powyższy zarzut odwołującego za zasadny.

IV. Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Egis Sp. z o.o. z postępowania, pomimo iż Egis Sp. z o.o. przedstawił w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego oraz zarzutu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w tym zaniechanie przeprowadzenia badania ofert wobec wszystkich wykonawców w takim samym zakresie Izba uznała zarzut za niezasadny.

Na wstępie Izba zauważa, że odwołujący ma interes prawny w kwestionowaniu oferty złożonej przez Egis Sp. z o.o. w niniejszym postępowaniu, wbrew twierdzeniom przystępującego. W świetle aktualnej, prounijnej wykładni art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, w odniesieniu do art. 1 ust.1 i ust. 3 Dyrektywy Rady 89/665/EWG38 należy uznać, że pojęcie interesu w uzyskaniu zamówienia winno być interpretowane w taki sposób, że dane zamówienie publiczne nie oznacza konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale odpowiada definicji zawartej w art. 2 pkt 13 ustawy Pzp. Interes w uzyskaniu zamówienia trwa zatem do czasu zawarcia umowy w danym postępowaniu, a zatem w przypadku gdy istnieje tożsamość przedmiotu zamówienia, niezależnie od liczby przeprowadzonych postępowań, dopóki umowa nie zostanie zawarta – jest to ubieganie się o to samo zamówienie publiczne a wykonawca ma interes w jego uzyskaniu. W ocenie Izby słuszny jest pogląd wyrażony w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1251/17, iż wykonawca posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia wyrażający się w dążeniu do unieważnienia przedmiotowego postępowania, w ocenie wykonawcy dotkniętego wadami i stworzenia sobie możliwości uzyskania zamówienia w nowym postępowaniu.

Odwołujący, formułując zarzuty odnośnie oferty Egis Sp. z o.o. w tym zakresie opierał się na informacjach dotyczących personelu tego wykonawcy, który został wskazany do realizacji zamówienia publicznego na „Zarządzanie Kontraktem i pełnienie nadzoru nad zadaniem „Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 Warszawa - Kraków, odcinek granica województwa świętokrzyskiego - Kraków, odc. realizacyjny węzeł Szczepanowice (z węzłem) - węzeł Widoma (z węzłem), długości ok. 14 km”, w którym to postępowaniu zamawiający odtajnił wykaz osób oraz formularz kryteriów pozacenowych - Doświadczenie personelu Konsultanta z oferty Egis Sp. z o.o. i udostępnił te dokumenty odwołującemu. Na podstawie tego odwołujący sformułował zarzuty podania nieprawdziwych informacji odnośnie doświadczenia, którym legitymują się te osoby, opisując na czym polegała

niezgodność przekazanych przez przystępującego informacji ze stanem faktycznym. Odwołujący podnosił również, że zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp albowiem nierówno traktował wykonawców w postępowaniu, nie weryfikując informacji przekazanych przez podmiot trzeci odnośnie personelu wskazanego przez przystępującego w ofercie.

W ocenie Izby ten zarzut nie znajduje potwierdzenia w niniejszym stanie faktycznym. Zamawiający, co wynika z dokumentacji przekazanej przez zamawiającego, podobnie jak to uczynił w stosunku do odwołującego, zweryfikował informacje przekazane przez podmiot trzeci a dotyczące nieprawidłowości w dokonanej przez zamawiającego ocenie ofert. Działania wyjaśniające, przeprowadzone w stosunku do personelu przystępującego, w tym osób wymienionych przez odwołującego w treści odwołania potwierdziły, że informacje na temat personelu dedykowanego przez przystępującego do realizacji przedmiotowego zadania, w zakresie przez odwołującego wskazanym, są zgodne z rzeczywistością.

Odnosząc się do zarzutów formułowanych przez odwołującego w zakresie doświadczenia Pani A. C. – K. wskazanej, co potwierdził przystępujący na rozprawie, na stanowisko specjalisty ds. roszczeń, Izba przyjęła wyjaśnienia zamawiającego, że w realizowanych wcześniej kontraktach nie wymagał on zatrudnienia specjalisty ds. roszczeń. Ocena w zakresie doświadczenia osób wskazanych w „Wykazie osób” a mających pełnić tę funkcję, odbywała się na podstawie oświadczenia wykonawcy. Zamawiający brał pod uwagę zakres zadań wykonywanych przez wskazane osoby wcześniej, oceniając ich doświadczenie w zakresie w jakim jest ono niezbędne do realizacji przedmiotowego zamówienia. Odwołujący podnosił, że według jego najlepszej wiedzy Pani A. C. – K. jest pracownikiem działu przetargów - a zatem nie piastuje ani nie piastowała stanowiska specjalisty ds. roszczeń, gdyż są to różne funkcje, rozłączne ze sobą. Nie przedstawił jednak na tą okoliczność żadnych dowodów. Przystępujący na rozprawie złożył wyjaśnienia oraz przedstawił dowody, co do których zastrzegł, iż zawarte tam informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w postaci zaświadczeń, z których wynika zakres wykonywanych wcześniej zadań, w tym w kontraktach wskazanych przez odwołującego.

Tym samym, rozstrzygając w granicach podniesionych zarzutów, Izba uznała zarzuty w tym zakresie za niezasadne.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego. Izba nie zasądziła kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na rzecz przystępującego, na podstawie złożonej na rozprawie faktury VAT z uwagi na fakt, iż w zakresie w jakim zgłosił on sprzeciw wobec uwzględniania przez zamawiającego zarzutów odwołania – Izba uznała przedmiotowy zarzut za zasadny.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....