

Sygn. akt: KIO 516/14  
KIO 563/14

**WYROK**  
**z dnia 3 kwietnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Rams**

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **31 marca 2014 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu:

1. **17 marca 2014 r. przez wykonawcę BUD-INVENT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt 516/14),**
2. **21 marca 2014 r. przez wykonawcę ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt 563/14),**

w postępowaniu prowadzonym przez **Muzeum Józefa Piłsudskiego w Sulejówku**

przy udziale wykonawców:

1. **ECM Group Polska S.A.** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 516/14,
2. **BUD-INVENT Sp. z o.o.** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 563/14,
3. **Ove Arup & Partners International Limited**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO 516/14 oraz 563/14

**orzeka:**

1. **Oddala odwołania;**

2. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt 516/14 obciąża **wykonawcę BUD-INVENT Sp. z o.o.** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę BUD-INVENT Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **wykonawcy BUD-INVENT Sp. z o.o.** na rzecz **Zamawiającego Muzeum Józefa Piłsudskiego w Sulejówku** kwotę **3 600 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero grosze), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

3. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt 563/14 obciąża **ECM Group Polska S.A.** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ECM Group Polska S.A.** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od **ECM Group Polska S.A.** na rzecz **Zamawiającego Muzeum Józefa Piłsudskiego w Sulejówku** kwotę **3 600 gr** (słownie: trzy tysiące siedemset sześćset złotych zero grosze), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący**

.....

**Sygn. akt: KIO 516/14**

**KIO 563/14**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Muzeum Józefa Piłsudskiego w Sulejówku – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Budowa Kompleksu Muzeum Józefa Piłsudskiego w Sulejówku”*.

### **1. Sygn. akt KIO 516/14**

W dniu wykonawca 17 marca 2014 r. BUD-INVENT Sp. z o.o. (dalej „**Odwołujący**”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu dokonanej przez Zamawiającego oraz od czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania przez Zamawiającego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) (dalej „**ustawa**” lub „**Pzp**”) oraz art. 7 ust. 1 Pzp i wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: (i) powtórzenia czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu; (ii) odstąpienia od czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania.

W uzasadnieniu, Odwołujący wskazał, że w dniu 12 marca 2014 r. został poinformowany przez Zamawiającego o wykluczeniu z postępowania z powodu nie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania zespołem osób niezbędnych do świadczenia kompleksowego nadzoru inwestorskiego określonego w pkt III.2.3 - dysponowania kluczowymi inspektorami nadzoru inwestorskiego (2 osoby), z których każdy, m. in., pełniła potwierdzoną wpisem do dziennika budowy funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, na co najmniej jednej inwestycji o wartości co najmniej 50.000.000 (pięćdziesiąt milionów) zł brutto, od rozpoczęcia inwestycji do jej zakończenia, uczestnicząc, co najmniej w czynnościach obejmujących: (i) wprowadzenie wykonawcy robót budowlanych na teren budowy, (ii) nadzorowanie robót budowlanych przez cały czas trwania procesu

budowlanego, (iii) odebranie w imieniu inwestora lub uczestniczenie z inwestorem w czynnościach odbioru końcowego zakończonych spisaniem końcowego protokołu odbioru robót budowlanych; przy czym zakres nadzorowanych robót obejmował co najmniej: (a) głębokie fundamentowanie konstrukcji na głębokości, co najmniej 10 m poniżej lustra wód gruntowych, (b) zabezpieczenie przed naporem gruntu i wód gruntowych wykopów o głębokości, co najmniej 10 m, (c) wykonanie konstrukcji lub co najmniej istotnej części nośnej i ścian zewnętrznych tej konstrukcji w technologii betonu architektonicznego o klasie wymagania:

- BA3, tekstury F3, porowatości P3 i równomierności zabarwienia RZ3 według opracowania: K..... K....., Beton Architektoniczny - wytyczne techniczne, Stowarzyszenie Producentów Cementu, Kraków 2011, lub
- o klasie wymagania SB4 według opracowania: Warunki techniczne wykonania betony licowego, DBV - Merklatt Sichtbeton 08/2004 , Niemiecki Związek Technologii Betonu i Techniki Budowlanej (Deutscher beton - und Bautechnik - Verein E.V.), z uwzględnieniem normy DIN 18217 Powierzchnie betonu i poszycie deskowań w zakresie najwyższych wymagań dla betonu architektonicznego, lub
- równoważnej wymienionym klasom (nie niższym).

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie zdefiniował pojęcia klasy wymagania równoważnej wskazanym klasom (nie niższym), a zatem pojęcie to winno być rozumiane w sposób możliwie szeroki. Podkreślił ponadto, że Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „dokument odniesienia”, którym w toku postępowania posługiwał się. W związku z tym Odwołujący wskazał, że za klasę wymagania równoważną wymaganym klasom, należy uznać jakąkolwiek klasę wymagania (bez względu na sposób jej ustanowienia, zakres równoważności, zakres stosowania, czy zakres regulacji), byleby tylko klasa taka nie zawierała wymagań mniej rygorystycznych aniżeli wskazane klasy. Odwołujący wskazał, że jeżeli zatem, przy zadaniach inwestycyjnych obejmujących roboty budowlane dotyczące budynku Daewoo czy roboty budowlane dotyczące obiektów Huty im. Lenina stosowano klasy wymagania odnoszące się do betonu architektonicznego (a nie sposób przyjmować, w ocenie Odwołującego, że, w odniesieniu do betonu architektonicznego nie stosowano w ogóle żadnych wymagań), to wystarczy, aby takie klasy wymagania były nie niższe od klas wymagania wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu, aby zasadne i konieczne było uznanie warunków udziału w postępowaniu za spełnione w odniesieniu do Odwołującego. Odwołujący wskazał również, iż podczas realizacji inwestycji nadzorowanych przez proponowanych inspektorów nadzoru inwestorskiego istniały i były

stosowane Normy Polskie, w tym odnoszące się, przynajmniej w sposób pośredni, do betonu architektonicznego. Odwołujący podkreślił również, że stopień skomplikowania i charakter wymienionych obiektów jednoznacznie przesądza, iż stosowane klasy wymagania nie były niższe od wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że przez „dokument odniesienia” należy rozumieć jakikolwiek dokument (w możliwie najszerszym znaczeniu tego słowa), który zawiera opis klasy wymagania, a zatem, do którego można się odnosić przy ocenie spełniania wymogów klasy wymagania.

W zakresie wykluczenia Odwołującego z powodu podania informacji nieprawdziwych, Odwołujący wskazał, że nie podał informacji przedstawiających stan odmienny od rzeczywistości, lecz jedynie podał informacji, które Zamawiający na skutek nieprawidłowej (subiektywnej) interpretacji postanowień ogłoszenia o zamówieniu uznał za informacje przedstawiające stan odmienny od rzeczywistości. Odwołujący wskazał również, że nie można mu przypisać jakiegokolwiek, a tym bardziej umyślnej winy, gdyż po prostu podał on informacje (dane), a następnie udzielił wyjaśnień których prawdziwość daje się swobodnie dowieść na gruncie, prawidłowo interpretowanych, treści zapisów ogłoszenia o zamówieniu. Odwołujący wskazał również, że podczas realizacji wskazanych inwestycji istniały i były stosowane Polskie Normy, w tym także odnoszące się, przynajmniej w sposób pośredni do betonu architektonicznego.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z wymaganiami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu złożył w toku postępowania informacje (w formie tabel), z których wynikało, iż w odniesieniu do proponowanych osób na kluczowych inspektorów nadzoru inwestorskiego wymóg dotyczący posiadania określonego doświadczenia został spełniony. W ocenie Odwołującego, potwierdzały to również wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w piśmie z dnia 4 marca 2014 r. w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 3 marca 2014 r. Odwołujący wskazał, że przedstawiony przez niego wykaz osób stanowi wystarczający dowód na spełnianie warunków udziału w postępowaniu w przedmiotowym zakresie. Zamawiający nie ma podstaw do żądania dodatkowo innych dokumentów.

W dniu 31 marca 2014 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu wskazał, iż w jego ocenie zostały jednoznacznie określone warunki równoważności w zakresie wiedzy i doświadczenia kluczowych inspektorów

nadzoru architektonicznego dotyczących betonu architektonicznego. Co do zarzutu wykluczenia z powodu podania nieprawdziwych informacji, wskazał, że w jego ocenie Odwołujący świadomie wskazał na Polskie Normy jako dokument odniesienia dla betonu architektonicznego, a wobec faktu, że nie było żadnych Polskich Norm regulujących beton architektoniczny, to w ocenie Zamawiającego złożył on nieprawdziwe informacje.

Na skutek przekazania w dniu 18 marca 2014 r. przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez następujących wykonawców:

- A. Ove Arup & Partners International Limited, z siedzibą w Wielkiej Brytanii.
- B. ECM Group Polska S.A., z siedzibą w Warszawie.

Wobec dokonania obu zgłoszeń w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności tych przystąpień, co do których nie zgłoszono również opozycji.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:***

Zgodnie pkt III.2.3 „Kwalifikacje Techniczne” – „Opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia” ppkt 1.1 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował kluczowymi inspektorami nadzoru inwestorskiego (2 osoby), przy czym zakres nadzorowanych robót musiał obejmować m.in. wykonanie konstrukcji lub co najmniej istotnej części nośnej i ścian zewnętrznych tej konstrukcji w technologii betonu architektonicznego o klasie wymagania:

- BA3, tekstury F3, porowatości P3 i równomierności zabarwienia RZ3 według opracowania: K..... K....., Beton Architektoniczny - wytyczne techniczne, Stowarzyszenie Producentów Cementu, Kraków 2011, lub

- o klasie wymagania SB4 według opracowania: Warunki techniczne wykonania betony licowego, DBV - Merklatt Sichtbeton 08/2004 , Niemiecki Związek Technologii Betonu i Techniki Budowlanej (Deutscher beton - und Bautechnik - Verein E.V.), z uwzględnieniem normy DIN 18217 Powierzchnie betonu i poszycie deskowań w zakresie najwyższych wymagań dla betonu architektonicznego, lub
- równoważnej wymienionym klasom (nie niższym).

Zamawiający wymagał dołączenia do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykazu osób zdolnych do wykonania zamówienia (Załącznik nr 5 ogłoszenie o zamówieniu), w którym wykonawcy wskazywali proponowane osoby na kluczowych inspektorów nadzoru inwestorskiego. Wykonawcy byli zobowiązani wypełnić wykaz poprzez udzielenie odpowiedzi TAK lub NIE na poszczególne zapytania dotyczące posiadanego doświadczenia przez proponowanych kluczowych inwestorów nadzoru inwestorskiego. W zakresie spornego wymagania związanego z betonem architektonicznym, Zamawiający wymagał również podania w nagłówku tabeli informacji o inwestycji, której dotyczy potwierdzenie.

W dniu 20 lutego 2014 r. Zamawiający, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał Odwołującego do uzupełnienia braków i przedstawienia wymaganego wykazu osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia w zakresie osób posiadających uprawnienia do pełnienia funkcji kluczowych inspektorów nadzoru inwestorskiego. Odwołujący pismem z dnia 26 lutego 2014 r. przesłał wykaz osób zdolnych do wykonania zamówienia wymagany przez Zamawiającego w Załączniku nr 5 ogłoszenia o zamówieniu wraz z oświadczeniem, że osoby, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia posiadają wymagane prawem uprawnienia oraz aktualną przynależność do właściwej Izby Samorządu Zawodowego.

Izba ustaliła, że w dniu 28 lutego 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, do wyjaśnienia treści przedłożonych dokumentów. Zamawiający wezwał do wskazania na podstawie jakich dokumentów odniesienia zaprojektowany były, a następnie nadzorowane przez wskazane przez Odwołującego osoby zdolne do wykonania zamówienia roboty budowlane. Zamawiający wezwał również do wykazania, że nadzorowane przez wskazane osoby roboty budowlane mieściły się w klasach równoważności wymaganych przez Zamawiającego.

W dniu 5 marca 2014 r. Odwołujący udzielił wyjaśnień, z których wynika m.in., że wskazane przez Odwołującego roboty budowlane, które były nadzorowane przez osoby zawarte w wykazie osób zdolnych do wykonania zamówienia zostały zaprojektowane i nadzorowane na podstawie dokumentów odniesienia (np. Polskich Norm) jakie obowiązywały i były stosowane w czasie projektowania i nadzoru przedmiotowych robót budowlanych. Odwołujący stwierdził, że w jego ocenie stosowane na przedmiotowe zadania dokumenty odniesienia za równorzędne względem wytycznych określonych przez Zamawiającego oraz mieszczą się w klasach równorzędności określonych w dokumentach wskazanych przez Zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu.

Pismem z dnia 12 marca 2014 r., Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu z postępowaniu z następujących przyczyn: braku potwierdzenia spełnienia warunków wiedzy i doświadczenia osób zdolnych do wykonania zamówienia w zakresie posiadania przez proponowanych kluczowych inspektorów nadzoru inwestorskiego doświadczenia obejmującego uczestniczenie w czynnościach wykonania konstrukcji lub co najmniej istotnej części nośnej i ścian zewnętrznych tej konstrukcji w technologii betonu architektonicznego o klasie wymaganej przez Zamawiającego.

Ponadto, Zamawiający wskazał, że wobec informacji przekazanych przez Odwołującego w trakcie postępowania i powoływania się na nieokreślone normy dotyczące betonu architektonicznego, Zamawiający uznał takie informacje za nieprawdziwe i w związku z tym wykluczył Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

**Izba zważyła co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący ma bowiem interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący złożył wniosek dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym, a zatem na potencjalną szansę na uzyskanie zamówienia. Zachodzi również możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego w razie udzielenia zamówienia



innemu wykonawcy w postaci utraty zysków zakładanego w przypadku udzielenia mu zamówienia publicznego.

### **Zarzut dotyczący niezasadnego wykluczenia z udziału w postępowaniu z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu**

Izba stoi na stanowisku, że ciężar dowodu spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu spoczywa na wykonawcy i to obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie Zamawiającemu, że posiadana on niezbędne doświadczenie i kwalifikacje do wykonania zamówienia. Dyspozycja art. 26 ust. 2a Pzp nie pozostawia żadnych wątpliwości, iż to wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby, Odwołujący na dzień złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt III.2.3 „Kwalifikacje Techniczne” - *Opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia*, ppkt 1.1. ogłoszenia o zamówieniu w zakresie wymagań dotyczących klas betonu architektonicznego.

Izba stwierdziła, że Zamawiający posługując się w treści ogłoszenia o zamówieniu symbolami: BA3, tekstury F3, porowatość P3 i równomierność RZ3 oraz SB4 wraz ze wskazaniem odpowiednich dokumentów odniesienia określił dokładne parametry techniczne betonu architektonicznego. Odwołujący nie kwestionował w treści odwołania ani podczas rozprawy sposobu określenia wymagań technicznych dotyczących betonu architektonicznego, ograniczając swoją argumentację jedynie do braku określenia przez Zamawiającego co należy rozumieć pod pojęciem klasy równoważnej wymaganym przez Zamawiającego klasom betonu architektonicznego. Argumentację tą Izba uznała za niezasadną z następujących powodów.

Po pierwsze, w ocenie Izby podanie określonych parametrów technicznych betonu architektonicznego oraz dopuszczenie możliwości powoływania się na klasy równoważne jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający wymagał pełnej równoważności wskazanych parametrów technicznych. Brak jest bowiem w treści ogłoszenia o zamówieniu jakichkolwiek zapisów, z których można byłoby wywieść, że Zamawiający wymaga jedynie wykazania

równoważności co do określonych parametrów technicznych betonu architektonicznego, nie zaś pełnej równoważności. Dlatego argument Odwołującego jakoby Zamawiający nie określił zakresu równoważności jest w ocenie Izby niezasadny.

Po drugie, w ocenie Izby, niezrozumiały, a w konsekwencji niezasadny jest zarzut Odwołującego, że Zamawiający nie określił „*czy zakres zastosowanej klasy wymagania ma dotyczyć wszystkich inwestycji, inwestycje danego rodzaju, tylko jedna konkretna inwestycja*”. W świetle wymogu określonego w treści ogłoszenia o zamówieniu, wykonawcy byli zobowiązani do wykazania, że proponowane osoby na kluczowych inspektorów nadzoru inwestorskiego pełnili potwierdzoną wpisem w dzienniku budowy funkcje inspektora nadzoru inwestorskiego na co najmniej jednej inwestycji, uczestnicząc w czynnościach obejmujących m.in. wykonanie konstrukcji lub co najmniej istotnej części nośnej i ścian zewnętrznych tej konstrukcji w wymaganych przez Zamawiającego klasach betonu. W związku z tym, Izba uznała, że jasno wynika z treści ogłoszenia o zamówieniu, że Zamawiający wymagał wykazania co najmniej jednej inwestycji.

Podobnie Izba uznała za niezrozumiały, a w konsekwencji niezasadny zarzut jakoby, Zamawiający nie określił „*zakresu regulacji przy pomocy klasy wymagania (tylko beton architektoniczny czy też szery zakres)*”. Z treści ogłoszenia o zamówieniu jasno wynika, że chodzi o beton architektoniczny i wywodzenie przez Odwołującego, że Zamawiający nie określił czy równoważność odnosi się tylko do betonu architektonicznego czy ma szerszy zakres jest w ocenie Izby bezprzedmiotowe.

W ocenie Izby Odwołujący, w świetle wymagań określonych w treści ogłoszenia o zamówienia dotyczących jakości betonu architektonicznego, miał prawo wskazać na jakiegokolwiek inne klasy betonu, które w jego ocenie były równoważne klasom wskazanym przez Zamawiającego. Izba stwierdziła, że ani we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ani w wyjaśnieniach przedłożonych Zamawiającemu w trybie art. 26 ust 4 Pzp, ani podczas rozprawy Odwołujący nie wskazał w sposób jednoznaczny na jakiegokolwiek równoważne klasy betonu, które mogłyby być stosowane podczas nadzorowania inwestycji przez kluczowych inspektorów nadzoru inwestorskiego proponowanych przez Odwołującego. Odwołujący w treści odwołania stwierdza jedynie lakonicznie, iż podczas realizacji inwestycji nadzorowanych przez proponowanych inspektorów nadzoru inwestorskiego istniały i były stosowane Normy Polskie, w tym odnoszące się, przynajmniej w sposób pośredni, do betonu architektonicznego. Ponadto, na poparcie

swojego stanowiska posługuje się nic nieznaczącą argumentacją sprowadzającą się do stwierdzenia, iż stopień skomplikowania i charakter obiektów budowlanych nadzorowanych przez proponowanych kluczowych inwestorów nadzoru inwestorskiego przesądza, iż stosowane klasy wymagania nie były niższe od wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu. Podczas rozprawy, Odwołujący argumentował, że na pewno w okresach realizacji wskazanych inwestycji istniały jakieś normy branżowe lub zawodowe, które regulowały kwestię betonu architektonicznego. Nie przedstawił jednak żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń.

Izba stoi na stanowisku, że to Odwołujący był zobowiązany ustalić z proponowanymi kluczowymi inspektorami nadzoru inwestorskiego na podstawie dokumentacji projektowej nadzorowanych budowli jaki był zakres prac wykonywanych przez te osoby, czy były wykonywane prace z użyciem betonu architektonicznego, a jeśli tak, o jakich parametrach technicznych. Odwołujący zaś bez podjęcia minimalnych wysiłku w celu wyjaśnienia powyższych kwestii, ograniczył swoją argumentację do braku określenia przez Zamawiającego zasad równoważności, sam nie wskazując na żadne konkretne równoważne klasy betonu architektonicznego.

Co do dowodów przedstawionych w trakcie rozprawy przez Odwołującego na potwierdzenie, iż roboty budowlane nadzorowane przez proponowanych kluczowych inspektorów nadzoru inwestorskiego spełniają wymagania określone przez Zamawiającego tj. oświadczeń złożonych przez kluczowych inspektorów nadzoru inwestorskiego, Izba zauważa w pierwszej kolejności, że zgodnie z art. 26 ust 2a wykonawca jest zobowiązany wykazać nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Celem postępowania odwoławczego nie jest wykazanie Izbie poprzez przedstawienie nowych dokumentów, które nie były złożone Zamawiającemu, że dany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Dyspozycja art. 26 ust. 2a Pzp nakłada na wykonawcę obowiązek wykazania Zamawiającemu jako podmiotowi podejmującemu decyzji o spełnieniu lub niespełnieniu warunków udziału w postępowaniu, nie zaś Krajowej Izbie Odwoławczej. Izba jest organem, który w ramach postępowania odwoławczego ma za zadanie stwierdzić czy doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp, które mogło lub miało wpływ na wynik postępowania.

W konsekwencji, w ocenie Izby przedstawienie przez wykonawców podczas rozprawy dokumentacji, która jakoby potwierdzała, że spełniają oni warunki udziału w postępowaniu, a

której nie przedstawili Zamawiającemu przed upływem terminu do zgłaszania wniosków o dopuszczenie do udział w postępowaniu należy uznać za działania spóźnione.

Izba zauważa, że przedłożone przez Odwołującego oświadczenia są datowane 14 lutego oraz 17 lutego 2014 r. Z akt sprawy wynika, że Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia brakujących dokumentów w dniu 20 lutego 2014 r. a więc po dacie wystawienia przedłożonych zaświadczeń. Dlatego też, Izba stanęła na stanowisku, iż Odwołujący miał możliwość przedłożenia przedmiotowych oświadczeń w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 20 lutego 2014 r. skoro podczas rozprawy twierdzi, że potwierdzają one spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Przedstawienie ich na rozprawie należy uznać za spóźnione i niemające wpływu na wynik postępowania.

Na marginesie Izba zauważa, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, przedstawione oświadczenia nie wnoszą nic nowego do przedmiotowego postępowania. W zaświadczeniach tych nie ma bowiem żadnych innych informacji niż te które dotychczas uzyskał Zamawiający od Odwołującego. W zaświadczeniach brak jest informacji, jakie klasy betonu architektonicznego było stosowane podczas prac budowlanych przy których uczestniczył dany inspektor nadzoru inwestorskiego.

W ocenie Izby nawet gdyby przyjąć, jak twierdzi Odwołujący, że Zamawiający nie określił co uważa za klasę równoważną wskazanego betonu architektonicznego (nie niższą), Odwołujący miał prawo przyjąć, że Zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę w uznaniu czy prace budowlane przy których uczestniczył dany inspektor nadzoru budowlanego spełniają wymagania stawiane przez Zamawiającego, a tym samym Zamawiający nałożył na siebie obowiązek udowodnienia wykonawcy braku równoważności, co w niniejszym postępowaniu Zamawiający uczynił.

Odwołujący wskazał w odwołaniu, że podczas realizacji inwestycji nadzorowanych przez proponowanych kluczowych inspektorów nadzoru inwestorskiego istniały i były stosowane Polskie Normy, w tym także odnoszące się, przynajmniej pośrednio, do betonu architektonicznego. Tym samym, Odwołujący wskazał, że w jego ocenie Normy Polskie regulowały, przynajmniej pośrednio, klasy betonu architektonicznego i należałoby je uznać za równoważne klasom wskazanym przez Zamawiającego.

W ocenie Izby, Zamawiający wykazał, iż w latach 1975 – 1997 nie istniały żadne Polskie Normy zawierające wymagania w odniesieniu do betonu architektonicznego. Na tę okoliczność Zamawiający przedstawił opracowanie wykazu polskich norm od 1975 r. dotyczących betonu architektonicznego przygotowane przez Instytut Techniki Budowlanej. Z opracowania tego wynika, że w okresie od 1975 r. do dnia 10 marca 2014 r. nie było w Polsce żadnych norm precyzujących wymagania dla betonu architektonicznego.

W pierwszej kolejności Izba zauważa, że opracowanie przedstawione przez Zamawiającego zostało sporządzone na zlecenie Zamawiającego i jako takie jest traktowane przez Izbę jako dokument prywatny. Zgodnie z kodeksem postępowania cywilnego (art. 245 kpc), którego wprawdzie przepisy nie mają zastosowania w postępowaniu przez Izbą, ale które w ocenie Izby mogą być stosowane posiłkowo w celu wyjaśnienia proceduralnych aspektów postępowania dowodowego nieuregulowanych przepisami ustawy Pzp oraz aktami wykonawczymi do ustawy Pzp, dokument prywatny stanowi dowód tego, że osoba, które go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w treści dokumentu. Ocena dokumentu prywatnego jako dowodu w sprawie przebiega na zasadach określonych w art. 233 kpc. Izba zatem ocenia wiarygodność i moc dowodu według własnego uznania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Pozostaje to w zgodności z art. 190 ust. 7 Pzp.

Izba uznała przedstawione opracowanie za wiarygodne. Choć zostało ono przygotowane na zlecenie Zamawiającego, to z uwagi na fakt, że jego autorem jest profesjonalna instytucja, mająca charakter instytucji badawczej zarejestrowanej w Krajowym Rejestrze Sądowym i nadzorowanej przez Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju, Izba nie znalazła podstaw do odmówienia mocy dowodowej przedstawionemu opracowaniu. Sam Odwołujący poprzestał jedynie na zanegowaniu wartości dowodowej opracowania oraz stwierdzeniu, że każdy może przedstawić takie opracowanie. Nie przywołał ani nie przedstawił żadnych dowodów, na podstawie których Izba mogłaby przyjąć, że przedstawione przez Zamawiającego opracowanie jest niewiarygodne czy nieobiektywne. W konsekwencji, Izba uznała, że Zamawiający udowodnił, że w okresie od 1975 do 10 marca 2014 r. nie istniały żadne Polskie Normy regulujące klasy betonu architektonicznego. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów ani w odwołaniu ani podczas rozprawy na obalenie twierdzeń Zamawiającego.

Izba nie podziela również stanowiska Odwołującego jakoby Zamawiający był zobowiązany do zakwalifikowania Odwołującego do dalszego etapu postępowania na podstawie wykazu osób i

złożonych wyjaśnień, bez prawa badania poprawności przedstawionych informacji. Takie rozumienie funkcji Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego sprowadziłoby jego rolę do formalnego sprawdzenia czy wykonawcy złożyli wymagane dokumenty, bez możliwości jakiegokolwiek weryfikacji ich treści w przypadku pojawienia się wątpliwości co do spełnienia przez danego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Izby nie taki jest cel prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Celem bowiem jest wybór wykonawcy, który w sposób realny spełnia wymagania stawiane przez Zamawiającego i poprzez swoje dotychczasowe doświadczenia i zdobyte umiejętności zapewnia Zamawiającego, że wykona zamówienie w sposób właściwy. Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający, będący dysponentem środków publicznych i ponoszący odpowiedzialność za ich wydatkowanie w sposób celowy i gospodarny ma wręcz obowiązek podjęcia kroków w cel weryfikacji czy rzeczywiście dany wykonawca spełnia stawiane wymagania w sytuacji, gdy z przedstawionych dokumentów i informacji mogą rodzić się pewne wątpliwości czy rzeczywiście tak jest. Zamawiający w oczywistych sytuacjach nie jest zobowiązany do weryfikacji informacji podanych przez wykonawców, Jednakże jeśli powstaną jakiegokolwiek wątpliwości co do prawdziwości czy to nawet ścisłości podanych informacji (czy to na skutek samodzielnej analizy czy dzięki informacjom otrzymanym przez innych wykonawców biorących udział w postępowaniu), a informacje takie mogą mieć wpływ na wynik postępowania, Zamawiający ma obowiązek ustalić zakres nieprawidłowości i czy takie nieprawidłowości mogą stanowić podstawę do wykluczenia danego wykonawcy z postępowania.

W ocenie Izby, z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym odwołaniu. Rzeczywiście Odwołujący na wezwanie Zamawiającego przedstawił wykaz osób zdolnych do wykonania zamówienia ze wskazaniem nazw inwestycji, które proponowani inspektorzy nadzoru nadzorowali. Ponieważ wskazane osoby nadzorowały roboty budowlane wiele lat przed opracowaniem dokumentów odniesienia dotyczących betonu architektonicznego wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu, Zamawiający powziął uzasadnione wątpliwości i zwrócił się do Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp o wskazanie na podstawie, jakich dokumentów odniesienia wymienione osoby nadzorowały roboty z zastosowaniem betonu architektonicznego w klasach wskazanych przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz o wykazanie wymaganej równoważności. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego jakoby Zamawiający wymagał od Odwołującego dodatkowych dokumentów. W treści pisma z datą 28 luty 2014 r. Zamawiający tylko i wyłącznie prosił o przekazania informacji o nazwie dokumentów źródłowych, którymi Odwołujący kierował się ustalając klasy równoważności.

W ocenie Izby, Zamawiający był uprawniony do wyjaśnienia zaistniałych wątpliwości i wzywając Odwołującego w trybie art. 26 ust 4 Pzp do przedłożenia tylko i wyłącznie precyzyjnie określonych informacji działała zgodnie z przepisami Pzp.

Wobec powyższego, Izba uznała zarzut Odwołującego za bezzasadny.

### **Wykluczenie Odwołującego z powodu podania nieprawdziwych informacji**

Izba nie podzieliła natomiast zasadności drugiej z podstaw wykluczenia wskazanej przez Zamawiającego, tj. złożenia przez Odwołującego nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. W zakresie tej przesłanki wykluczenia wykonawcy orzecznictwo sądowe (wyroki: Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r. sygn. akt IV Ca 683/12, Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r. sygn. akt VI Ga 134/12 i Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 25 stycznia 2013 r. sygn. akt II Ca 1285/12) stoi na stanowisku, że wykluczając wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, należy bezspornie wykazać, że przedkładane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje, a ich przedłożenie jest wynikiem zamierzonego, zawinionego działania wykonawcy, nie zaś wynikiem niezrozumienia wymagań.

W ocenie Izby brak jest wystarczających podstaw do przyjęcia, że Odwołujący działał z zamiarem złożenia nieprawdziwych informacji, w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do posiadania wymaganego doświadczenia. Jakkolwiek pewne okoliczności sprawy mogą świadczyć o intencjonalnym działaniu Odwołującego, to nie można również wykluczyć wystąpienia w przedłożonych dokumentach błędu spowodowanego omyłką czy też niezrozumienia istoty wymagania dotyczącego parametrów technicznych betonu architektonicznego. Rozstrzygając wątpliwości w tym zakresie na korzyść Odwołującego Izba uznała więc, że podstawy faktyczne do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie zostały dostatecznie wykazane. Sam Zamawiający podczas rozprawy oświadczył, że trudno mu wykazać winę po stronie Odwołującego. W działaniu Odwołującego, Izba dopatruje się braku profesjonalizmu i dołożenia należytej staranności w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz próby przerzucenia na Zamawiającego ciężaru dowodu wynikającego z art. 26 ust. 2a Pzp. W ocenie Izby, Zamawiający nie przedstawił

bezsportnych dowodów potwierdzających, że działania Odwołującego były działaniami zawinionymi.

Jednoczenie Izba uznała, że ze względu na potwierdzenie się zaistnienia przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, odwołanie podlega oddaleniu. Wskazanie bowiem przez Zamawiającego dodatkowej, nieprawidłowo zastosowanej podstawy wykluczenia, nie jest naruszeniem przepisów mogącym mieć wpływ na wynik postępowania, zatem - stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp - nie mogło stanowić podstawy uwzględnienia odwołania.

## **2. Sygn. akt KIO 563/14**

W dniu 21 marca 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy ECM Group Polska S.A. (dalej „**Odwołujący**”) na następujące czynności Zamawiającego: (i) badanie i ocenę wniosków o udział w postępowaniu o zamówienie publiczne, w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego; (ii) wykluczenie Odwołującego z postępowania z powodu uznania braku potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania; (iii) odmowę udostępnienia Odwołującemu bezpodstawnie zastrzeżonych przez Ove Arup & Partners International Limited informacji obejmujących wykaz wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie stanowiących w jego ocenie tajemnicę przedsiębiorstwa; (iv) z ostrożności, zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w stosunku do Ove Arup & Partners International Limited w zakresie ustalenia czy istniały przesłanki do utajnienia wykazu wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie; (v) z ostrożności, zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentów i oświadczeń złożonych we wniosku o udział w postępowaniu.

Powyższymi czynnościami Odwołujący zarzucił naruszenie: (i) art. 24 ust 2 pkt 3 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i wykluczenie na tej podstawie Odwołującego; (ii) art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i wykluczenie na tej podstawie Odwołującego; (iii) art. 8 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia pełnej oferty Ove Arup & Partners International Limited i uznanie, że utajnione informacje stanowią tajemnicę



przedsiębiorstwa; (iv) art. 87 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień Ove Arup & Partners International Limited czy zaistniały ustawowe przesłanki do utajnienia wykazu wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie; (v) art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w zakresie wyjaśnienia treści wniosku - wykazu wykonanych usług i dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usług; (vi) a w ich wyniku naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców określonych w art. 7 Pzp oraz innych wskazanych w uzasadnieniu.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienia badania i oceny wniosków o udział w przedmiotowym postępowaniu; (ii) unieważnienia wykluczenia Odwołującego i zaproszenia do złożenia oferty jedynego wykonawcę Ove Arup & Partners International Limited; (iii) dokonania ponownej oceny wniosków i zaproszenie Odwołującego do złożenia oferty; (iv) ewentualnie dokonania czynności wyczerpujących procedurę wyjaśniania treści złożonych dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu swoich zarzutów Odwołujący wskazał, że został niezasadnie wykluczony z postępowania z powodu braku przedłożenia dowodów na należyte wykonanie usług na rzecz Muzeum Śląskiego. W ocenie Odwołującego z przedstawionej przez niego referencji wynika, że usługa została wykonana prawidłowo i bez zastrzeżeń, o czym może świadczyć już sam fakt wystawienia referencji. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że w treści wystawionej referencji brak jest jakichkolwiek uwag bądź zastrzeżeń co do świadczonej usługi.

Odwołujący wskazał, że ani ustawa Pzp, ani rozporządzenie prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej: „**rozporządzenie w sprawie dokumentów**”) nie zawierają legalnej definicji „nienależytego wykonania” usługi. A zatem za obowiązujące należy przyjąć poglądy doktryny i orzecznictwa, zgodnie z którymi należyte wykonanie zamówienia oznacza wykonanie go zgodnie z warunkami umownymi, czyli również w przewidzianym terminie.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający badał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w oparciu o dokument referencji, co w ocenie Odwołującego, jest niezgodne w dyspozycją przepisów ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozporządzeniem w sprawie dokumentów, w celu potwierdzenia warunku doświadczenia

zawodowego zamawiający może jedynie żądać od wykonawców wykazu wykonanych usług oraz dowodów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należycie. Odwołujący podkreślił, że wymagane dokumenty mają jedynie potwierdzać należyte wykonanie. To czy dana usługa spełnia wymagania zamawiający ocenia się na podstawie wykazu.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że Zamawiający niezasadnie przyjął, że usługa wykonana na rzecz Muzeum Śląskiego jest usługą niezakończoną. W pierwszej kolejności, Odwołujący podniósł, że z treści ogłoszenia o zamówieniu nie wynikał obowiązek, aby usługi wykazywane przez wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu były zakończone. Po drugie podkreślił, że w przedłożonym przez niego wykazie usług wskazał, iż odebrał w imieniu inwestora roboty budowlane, z tym że z uwagi na fakt, iż były one realizowane w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC, nie był wystawiany protokół odbioru końcowego, a jego odpowiednik którym jest Świadectwo Przejęcia. W ocenie Odwołującego, protokół odbioru końcowego robót budowlanych w nomenklaturze FIDIC powinien być rozumiany jako uzyskanie przez generalnego wykonawcę świadectwa przejścia, o którym mowa w subklauzuli 10.1. warunków kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego (FIDIC czerwony), a nie jak twierdzi Zamawiający ze świadectwem wykonania określonym w subklauzuli 11.9 FIDIC.

Takie rozumienie tej instytucji wynika także, w ocenie Odwołującego, ze stanowiska Ministerstwa Rozwoju Regionalnego dotyczącego stosowania Warunków Kontraktowych FIDIC oraz niektórych klauzul umownych w projektach finansowanych ze środków Funduszu Spójności oraz Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko oraz ze stanowiska Sądu Najwyższego.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający na podstawie informacji uzyskanych na stronach internetowych, w zakresie wystąpienia usterek na realizowanej inwestycji, dokonał oceny, iż usługa wykonywana przez Odwołującego nie była realizowana należycie. Wskazał on, że nadzorowana przez Odwołującego inwestycja jest obecnie w okresie zgłaszania wad (gwarancyjnym), a co za tym idzie w tym czasie mogą występować pewne usterki, które wynikają z przeróżnych okoliczności związanych z jego eksploatacją. Nie jest to natomiast w żadnej mierze jakkolwiek miarodajna podstawa do stwierdzenia, że przyczyną ich wystąpienia jest nienależyte wykonywanie usługi nadzoru.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wykluczając go z postępowania wskazał, że usługa wykonana dla Muzeum Śląskiego nie obejmowała usługi wyposażenia wnętrz. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu wymagał świadczenia obejmującego swoim zakresem usługi doradztwa, koordynacji oraz nadzoru nad całością prac projektowych, robót budowlanych oraz dostaw, w tym także wyposażenia wnętrz, podczas budowy minimum jednego budynku. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie określił szczegółowo, jakie wyposażenie Zamawiający miał na uwadze, natomiast w ramach wykonywanych robót nadzorowanych przez Odwołującego niewątpliwie były realizowane dostawy wyposażenia budynku.

W ocenie Odwołującego Zamawiający zaniechał podstawowego obowiązku w zakresie procedury oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, w zakresie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonego wykazu usług, zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego, przepis ten nie zabrania zamawiającemu poszukiwania informacji potwierdzających oświadczenie wykonawcy u podmiotów trzecich, w tym zwrócenia się do zleceniodawcy usługi wykazywanej na potwierdzenie wymaganego doświadczenia o wyrażenie jego stanowiska dotyczącego składanych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów. Jednakże Zamawiający w tej sytuacji nie powinien w procedurze wyjaśniania swych wątpliwości pomijać wykonawcy.

Na skutek przekazania w dniu 21 marca 2014 r. przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez następujących wykonawców:

C. Ove Arup & Partners International Limited, z siedzibą w Wielkiej Brytanii

D. BUD-INVENT Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie

Wykonawca BUD-INVENT Sp. z o.o. dokonał zgłoszenia przystąpienia w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp). Izba nie uznała za zasadną opozycji zgłoszonej przez Odwołującego wskazującą na brak interesu po stronie wykonawcy BUD-INVENT Sp. z o.o. Wobec dochowania terminu, Izba postanowiła dopuścić wykonawcę BUD-INVENT Sp. z o.o. do postępowania po stronie Zamawiającego.

Izba niedopuszcza wykonawcy Ove Arup & Partners International Limited do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba ustaliła, że wykonawca ten przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej kopię przystąpienia faksem w wymaganym terminie 3-dniowym, a taki sposób należy uznać w obecnym stanie prawnym za nieskuteczne. Wpływ bezpośredni przystąpienia do Izby nastąpił w dniu 25 marca 2014 r., a więc po upływie 3-dniowego terminu. Ustawodawca zastrzegł w art. 185 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp formę w jakiej należy wnieść zgłoszenie przystąpienia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Przepis ten dopuszcza formę pisemną albo elektroniczną opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Niedopuszczalność zgłoszenia przystąpienia w formie faksowej przewiduje również §7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznaniu odwołań (Dz.U. nr 48, poz. 280 ze zm.) zgodnie z którym z wyjątkiem wniesienia odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę korespondencje w sprawie odwoławczej kierowana przez strony oraz uczestników postępowania odwoławczego do Izby, a także korespondencje kierowana przez Izbę może być przesyłana faksem lub drogą elektroniczną.

W dniu 31 marca 2014 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:***

W ogłoszeniu o zamówieniu, w pkt. III.2.3, strona 7/14 ogłoszenia o zamówieniu, w opisie sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia Zamawiający żądał wykazania przez wykonawców posiadania wiedzy i doświadczenia nabytego podczas świadczenia obejmującego swoim zakresem usługi doradztwa, koordynacji oraz nadzoru nad całością prac projektowych, robót budowlanych oraz dostaw, w tym także wyposażenia wnętrza, podczas budowy minimum jednego budynku, który łącznie wymagał:

- Głębokiego fundamentowania;
- Zabezpieczania głębokich wykopów przed naporem gruntu i wody;

- Wykonania konstrukcji lub co najmniej istotnej części nośnej i ścian zewnętrznych tej konstrukcji w technologii betonu architektonicznego.

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu należało przy tym wykazać, że zakres nadzorowanych przez wykonawcę robót budowlanych na każdym z wykazanych budynków obejmował również roboty:

- w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych,
- w specjalności telekomunikacyjnej.

Ponadto, wartość każdego wskazanego zadania inwestycyjnego, nad którym sprawowano nadzór, nie mogła być niższa niż 50,000,000 złotych brutto.

Zamawiający określił również, że uzna powyższy warunek za spełniony, jeśli wykonawca sprawował nadzór inwestorski nad procesem inwestycyjnym dotyczącym, co najmniej jednego budynku spełniającego łącznie warunki określone powyżej w ramach której:

- wprowadził wykonawcę robót budowlanych na teren budowy,
- nadzorował roboty budowlane przez cały czas trwania procesu budowlanego;
- odebrał w imieniu inwestora lub uczestniczył z inwestorem w czynnościach obioru końcowego zakończonych pisemnym spisaniem końcowego protokołu odbioru robót budowlanych.

W celu potwierdzenia spełnienia powyższego warunku, Zamawiający wymagał przedłożenia wykazu głównych usług, odpowiadających usługom określonym w warunku wiedzy i doświadczenia, wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączenia dowodów, że zostały wykonane należycie.

Izba ustaliła, że Odwołujący nie dołączył do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykazu głównych usług i dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie. W związku z

tym, Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwała w dniu 20 lutego 2014 r. Odwołującego do złożenia brakujących dokumentów.

Izba ustaliła, że w dniu 26 lutego 2014 r. Odwołujący uzupełnił wykaz głównych usług oraz przedłożył dokument o nazwie „List Referencyjny” dotyczące świadczenia usługi inżyniera kontraktu dla zadania pn. „Budowa Nowej Siedziby Muzeum Śląskiego w Katowicach”.

Izba ponadto ustaliła, że w wykazie głównych usług – zadanie nr 1, w rubryce dotyczącej nadzoru inwestorskiego obejmującej wymaganie odebrania w imieniu inwestora lub uczestniczenie z inwestorem w czynnościach odbioru końcowego zakończonych spisaniem końcowego protokołu odbioru robót budowlanych, Odwołujący wpisał następującą informację: *„Wydane zostało Świadectwo Przejęcia oraz protokół przejęcia dla robót (odpowiednikiem końcowego protokołu odbioru robót dla tego zadania jest Świadectwo Przejęcia)”*.

Pismem z dnia 12 marca 2014 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania z powodu: (1) braku potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w następującym zakresie: (a) przedłożony przez Odwołującego dokument referencji nie zawierał oceny jakości usług inżyniera; (b) z treści dokumentu referencji nie wynikało, że usługa obejmowała ona swoim zakresem przekazanie wykonawcy robót budowlanych terenu budowy, nadzorowania robót budowlanych przez cały czas trwania procesu budowlanego oraz odebranie w imieniu inwestora lub uczestniczenie z inwestorem w czynnościach odbioru końcowego zakończonych spisaniem protokołu odbioru końcowego robót budowlanych; (c) dokument referencji dotyczył usługi, która jest w trakcie realizacji; (2) podania nieprawdziwej informacji mającej mieć wpływ na wynik postępowania.

**Izba zważyła co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący ma bowiem interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący złożył wniosek dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym, a zatem na potencjalną szansę na uzyskanie zamówieni. Zachodzi

również możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego w razie udzielenia zamówienia innemu wykonawcy w postaci utraty zysków zakładanego w przypadku udzielenia mu zamówienia publicznego.

**Zarzut braku potwierdzenia w referencjach należytego wykonania usługi i brak wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp**

Jak wynika ze zgromadzonego materiału dowodowego, referencje przedstawione przez Odwołującego zawierały następujące twierdzenie dotyczące wykonania inwestycji: *„Przy realizacji zadania ECM Group Polska wykazała się znajomością procedur kontraktowych właściwych dla realizacji tego typu przedsięwzięć inwestycyjnych oraz procedur wewnętrznych instytucji”*.

W ocenie Izby, z powyższego zapisu ani pośrednio ani bezpośrednio, nie wynika, że Odwołujący wykonał należycie pracę zlecone przez Muzeum Śląskie w Katowicach. Izba w pełni podziela poglądy prezentowane w orzecznictwie, że dokumenty potwierdzające należyty wykonanie zamówienia nie muszą zawierać wprost sformułowania, że usługi zostały wykonane należycie, jednak z ich treści powinna wynikać pozytywna ocena, że zamówienie zostało zrealizowane w sposób prawidłowy i staranny. Twierdzenie Odwołującego, że sam fakt wystawienia referencji jest potwierdzeniem prawidłowego wykonania usługi jest bezzasadne. Referencja zgodnie z słownikiem PWN to „pisemna opinia wystawiana osobie starającej się o pracę”. W kontekście zamówień publicznych, to opinia o wykonaniu danego zamówienia. O jej treści decyduje podmiot wystawiający daną referencję, na podstawie stanu rzeczywistego, tj. sposobu wykonania zamówienia. Oczywistym jest dla Izby, że występują sytuację, w których dany wykonawca nie otrzyma korzystnych dla siebie referencji, gdyż określone zamówienie nie zostało wykonane zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Izba podkreśla również, że to treść przedstawionego dokumentu, nie zaś jego nazwa determinuje opinię danego inwestora na temat wykonania zamówienia.

Izba nie widzi podstaw do przyjęcia, że z treści sformowania użytego w dokumencie referencji można wywieść, że Odwołujący wykonał usługę należycie. Znajomość procedur kontraktowych FIDIC oraz procedur bliżej nieokreślonych instytucji nie przekłada się w żaden sposób na prawidłowe wykonanie usługi. W ocenie Izby, może to być jeden z elementów brany pod uwagę w ocenie poprawności wykonania danej usługi, nie zaś samodzielna podstawa do stwierdzenia,

że usługa została wykonana w sposób prawidłowy. Jak słusznie podkreślił Zamawiający, w treści ogłoszenia o zamówieniu nie znajduje się wymagania znajomości procedur kontraktowych FIDIC, ale obowiązek przedstawienia wykazu wykonanych głównych usług wraz z dowodami ich należytego wykonania.

Ponadto, Izba nie podziela argumentu Odwołującego, że Zamawiający naruszył art. 26 ust. 4 Pzp, gdyż nie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnienia treści przedstawionego listu referencyjnego. Izba zauważa, że Zamawiający zdyskwalifikował dokument referencji w oparciu o jego treść zatem, w ocenie Izby, nie było podstaw do składania wyjaśnień, a jedynie uzupełnienia treści dokumentu referencji. Wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia treści referencji mogłoby spowodować, że doszłoby niejako do kształtowania treści dokumentu prywatnego, co ocenie Izby jest niedopuszczalne. Stanowiłoby to również naruszenie zasady równości uczestników postępowania wyrażonej w art. 7 Pzp.

Co do dowodów przedstawionych na rozprawie, które w ocenie Odwołującego potwierdzają należyte wykonanie usługi na rzecz Muzeum Śląskiego tj. Świadczenia Przejęcia oraz zestawienia płatności dokonywanych przez Muzeum Śląskie na rzecz Odwołującego, Izba uznała przedstawione dowody za spóźnione.

Izba podkreśla, że Odwołujący był zobowiązany wykazać Zamawiającemu spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Odwołujący wezwany w trybie art. 26 ust. 3 Pzp przedstawił na potwierdzenie należytego wykonania usługi na rzecz Muzeum Śląskiego list referencyjny, z którego nie wynika, że usługa została należycie wykonana.

Izba zauważa, że Świadczenie Przejęcia opatrzone jest datą 2 sierpnia 2013 r. więc Odwołujący miał możliwość przedstawiania go Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia braków. Podobnie, jeżeli w ocenie Odwołującego płatności dokonywane na jego rzecz przez Muzeum Śląskie potwierdzają należyte wykonanie usługi na rzecz Muzeum Śląskiego, jest dla Izby zupełnie niezrozumiałym dlaczego dokumenty te nie zostały przedstawione w wymaganym przez Zamawiającego terminie. Przedstawienie ich Izbie podczas rozprawy należy uznać za spóźnione. Odwołujący jako profesjonalista powinien działać z należyłą profesjonalną starannością w trakcie postępowania przetargowego, zwłaszcza, że to na Odwołującym ciąży ciężar dowodu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.



Dyspozycja art. 26 ust. 2a Pzp nakłada na wykonawcę obowiązek wykazania Zamawiającemu jako podmiotowi podejmującemu decyzji o spełnieniu lub niespełnieniu warunków udziału w postępowaniu, nie zaś Krajowej Izbie Odwoławczej. Izba jest organem który w ramach postępowania odwoławczego ma za zadanie stwierdzić czy doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp, które mogło lub miało wpływ na wynik postępowania.

W konsekwencji, w ocenie Izby przedstawienie przez Odwołującego podczas rozprawy dokumentacji, która jakoby potwierdzała, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, a której nie przedstawił Zamawiającemu przed upływem terminu zgłaszania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu należy uznać za działanie spóźnione.

Na marginesie, Izba zauważa, że Świadcstwo Przejęcia przedstawione przez Odwołującego nie zawierało Załącznika nr 1, w którym zawarta była informacja o wadach i usterkach wykonywanych robót. Trudno więc stwierdzać na podstawie niepełnego dokumentu czy rzeczywiście usługi na rzecz Muzeum Śląskiego było należycie wykonane.

Izba nie podziela również stanowiska Odwołującego jakby Zamawiający był zobowiązany dopuścić Odwołującego do dalszego etapu postępowania wyłącznie na podstawie wykazu usług. W ocenie Izby stoi to w sprzeczności z treścią ogłoszenia o zamówieniu. Z treści ogłoszenia jasno wynika, że Zamawiający żądał od wykonawców przedstawienia wykazu usług oraz dowodów na potwierdzenie ich należytego wykonania. Izba nie widzi podstaw do przyjęcia, że Zamawiający był zobowiązany do dokonania ceny spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu wyłącznie na podstawie przedstawionego wykazu usług.

W świetle powyższych ustaleń, Izba uznała zarzut Odwołującego za niesądny i uznała, że Zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 4 Pzp.

#### **Zarzut dotyczący wykazu usług zakończonych i zakresu usług świadczonych na rzecz Muzeum Śląskiego przez Odwołującego**

Odwołujący podnosił, że usługę wykonaną na rzecz Muzeum Śląskiego w Katowicach należy uznać za usługę zakończoną w świetle warunków kontraktowych FIDIC. Argumentował również,

że z treści ogłoszenia o zamówieniu nie wynika obowiązek wykonawcy powoływania się wyłącznie na usługi zakończone.

Izba uznała zarzut za niezasadny. Dokonując literalnej wykładni treści ogłoszenia o zamówieniu, nie sposób wnioskować, że Zamawiający dopuszczał możliwość powoływania się na usługi, których wykonawca nie ukończył. Zamawiający używa bowiem czasu przeszłego stwierdzając – „*wykonawcy wykażą się posiadaniem wiedzy i doświadczenia nabytego w ciągu ostatnich trzech lat*”, „*zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli wykonawca sprawował nadzór ...*”, „*wykazu głównych usług (.....) ze wskazaniem dat wykonania (.....)*”.

Ponadto, Izba zwraca uwagę, że zgodnie z brzmieniem §1 ust. 1 pkt 3) rozporządzenia w sprawie wymaganych dokumentów zamawiający może żądać „wykazu wykonanych (...) głównych usług lub dostaw”, co jasno wskazuje na intencje ustawodawcy, aby wykazanie doświadczenia nastąpiło poprzez usług zakończone. Możliwość powoływania się na usługi wykonywane ustawodawca ograniczył tylko do usług i dostaw o charakterze ciągłym lub okresowym, z którymi nie mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu.

Izba nie podziela również stanowiska Odwołującego jakoby zgodnie z warunkami kontraktowymi FIDIC protokół przejęcia był uznawany za dokument równoważny końcowemu protokołowi odbioru. Odwołujący na poparcie swoich twierdzeń przedstawiał Świadcstwo Przejęcia wystawione przez Muzeum Śląskie w Katowicach z dnia 2 sierpnia 2013 r. Jako potwierdzenie intencji stron, że traktują one Świadcstwo Przyjęcia jako odpowiednik protokołu odbioru końcowego robót budowlanych, Odwołujący wskazał na oświadczenie o stanie budowy nowej siedziby Muzeum Śląskiego z dnia 6 listopada 2013 r. w której zamieszczona jest informacja, że zakończona została budowa nowej siedziby Muzeum Śląskiego. W treści odwołania zaś wskazał na orzeczenia sądów oraz na stanowisko Ministerstwa Rozwoju Regionalnego dotyczące stosowania Warunków Kontraktowych FIDIC oraz niektórych klauzul umownych w projektach finansowanych ze środków Funduszu Spójności oraz Programu Operacyjnego Infrastruktura Środowiska.

Po pierwsze, Izba stwierdziła, że przywołane przez Odwołującego orzeczeniach sądów brak jest odniesienia do znaczenia protokołu przejęcia w warunkach kontraktowych FIDIC i możliwości traktowania go jako protokołu odbioru końcowego robót budowlanych.

W przywołanym przez Odwołującego stanowisku Ministerstwa Rozwoju Regionalnego wyraźnie zostało stwierdzone, że świadectwo przyjęcia może być uznane za odpowiednik protokołu odbioru, przy założeniu, że takie znaczenie zostało mu nadane w umowie.

Izba stanęła na stanowisku, że Odwołujący nie przedstawił wiarygodnych dowodów na potwierdzenie, że strony traktowały świadectwo przejęcia jako protokół odbioru końcowego i że takie znaczenie zostało mu nadane w umowie. Izba wzięła tu przede wszystkim pod uwagę informację zawartą w treści Listu referencyjnego wystawionego przez Muzeum Śląskie, w którym została zamieszczona informacja: *„usługa w trakcie realizacji w związku z trwającym okresem zgłaszania wad i usterek niemniej Świadectwo Przejęcia dla robót budowlanych zostało wydane dnia 02.08.2013 r.”*

W ocenie Izby, skoro Muzeum Śląskie samo potwierdziło w treści referencji, że traktuje usługę jako będącą jeszcze w realizacji, trudno odnajdywać w treści powyższego zapisu intencji stron jakby traktowały świadectwo przejęcia jako odpowiednik końcowego protokołu odbioru robót, który sporządza się po zakończeniu danej roboty. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że w ramach środków dowodowych Odwołujący mógł wskazać klauzulę szczególną zastosowaną w umowie o roboty budowlane opartej na warunkach kontraktowych FIDIC, która potwierdzałaby równoważność świadectwa przejęcia i protokołu odbioru końcowego. Odwołujący jedna tego nie uczynił.

Ponadto, Izba uznała za słuszną argumentację Zamawiającego, że przedstawione świadectwo przejęcia jak i treść listu referencyjnego nie określają zakresu robót nadzorowanych przez podczas budowy Muzeum Śląskiego. Nie ma podstaw do określenia na podstawie treści ww. dokumentów czy zakres prac wykonanych na rzecz Muzeum Śląskiego pokrywał się z zakresem prac wymaganych przez Zamawiającego. Odwołujący podczas rozprawy przedstawił na potwierdzenie, że zakres usługi wykonywanej na rzecz Muzeum Śląskiego spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oświadczenie firmy Budimex o zakresie usług wykonywanych podczas realizacji Muzeum Śląskiego (niedatowane), Karty Obmiaru za okres od 01.04.2013 r. do 30.04.2013 r. oraz Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót z czerwca 2010 r. Izba stanęła na stanowisku, Odwołujący miał możliwość przedłożenia wszystkich powyższych dokumentów na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3. Przedstawienie ich na rozprawie należy uznać za spóźnione. To obowiązkiem Odwołującego było przedstawienie Zamawiającemu wszelkiej dokumentacji, która według jego

oceny potwierdzałyby, że Świadczenie Przejęcia potwierdza wymagania Zamawiającego w zakresie czynności nadzoru inwestorskiego. Odwołujący jednak tego nie uczynił, przedstawiając dowody na rozprawie.

Ponadto, Izba podziela argumentację Zamawiającego, że dyspozycja art. 26 ust. 4 uprawnia Zamawiającego do wzywania wykonawców do składania wyjaśnień treści złożonych dokumentów niemniej jednak nie może wzywać do wyjaśnień, jeśli skutkiem tego wezwania będzie oczywista zmiana treści dokumentu uzupełnionego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. W przedmiotowym postępowaniu taki przypadek właśnie zachodzi. Wezwanie Odwołującego do wyjaśnień treści uzupełnionego wykazu głównych usług, które nie potwierdziły spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, stanowiłoby obejście przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, dopuszczającego tylko czynność jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów. Odwołujący nie podważał samej czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów, w szczególności nie podniósł zarzutu, że czynność to była dla niego niezrozumiała lub niejednoznaczna.

Wobec powyższego Izba uznała zarzut Odwołującego za niezasadny.

#### **Zarzut bezprawnego utajnienia części informacji zawartych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy Ove Arup & Partners International Limited**

W ocenie Izby brak było podstaw do zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji o wykazie głównych usług wykonanych przez Ove Arup & Partners International Limited (Załącznik nr 4 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) oraz wykazu osób zdolnych do wykonania zamówienia (Załącznik nr 5 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu).

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Aby określona informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, przesłanki określone w tym przepisie (wartość gospodarcza informacji,

nieujawnienie jej do wiadomości publicznej, działania zmierzające do zachowania poufności) muszą być spełnione łącznie.

Należy w tym miejscu wskazać, że to na wykonawcy powołującym się na tajemnicę przedsiębiorstwa ciąży obowiązek wykazania okoliczności uzasadniających zastrzeżenie określonych informacji. Obowiązek ten istnieje zarówno wobec Zamawiającego (który co do zasady zobligowany jest ujawnić wszelkie dokumenty złożone w postępowaniu), jak i w postępowaniu odwoławczym. Trudno bowiem oczekiwać od wykonawcy kwestionującego zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (w niniejszej sprawie – Odwołującego) udowodnienia, że dokumenty, których treści nie zna, w istocie takiej tajemnicy nie stanowią.

W ocenie Izby, wykonawca Ove Arup & Partners International Limited nie wykazał, jaką wartość gospodarczą mają informacje w wykazie głównych usług oraz w wykazie osób zdolnych do realizacji zamówienia. W aktach postępowania brak jest jakichkolwiek wyjaśnień wykonawcy Ove Arup & Partners International Limited uzasadniających zastrzeżenie informacji zawartych w Załączniku nr 4 oraz nr 5. Izba dokonała analizy zastrzeżonych informacji i w jej ocenie nie było podstaw do ich zastrzeżenia. Dane dotyczące wartości, przedmiotu, dacie wykonania i odbiorcy zamówienia czy też osób zdolnych do wykonania zamówienia nie są w ocenie Izby, wobec braku wykazania przez Zamawiającego oraz wykonawcę Ove Arup & Partners International Limited uzasadnionych podstaw do poczynionych zastrzeżeń, informacjami mogącymi stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Iza nie podziela wniosku Zamawiającego, że zarzut Odwołującego co do zaniechania czynności odtajnienia dokumentów zastrzeżonych jako poufne należy uznać za spóźniony wobec faktu, że Odwołujący przeglądał dokumenty postępowania w dniu 6 marca 2014 r. Ponieważ Zamawiający nie dał w żaden sposób pozostałym wykonawcom wyrazu czy uznaje dokonane zastrzeżenie za zasadne i czy podjął decyzję w sprawie zasadności zastrzeżenia, Odwołujący miał prawo domniemywać, że Zamawiający być może analizuje jeszcze zasadność zastrzeżenia i odtajni zastrzeżone informacje. Wobec braku w aktach postępowania jakiegokolwiek uzewnętrznienia czynności Zamawiającego w zakresie badania zasadności zastrzeżeń, w ocenie Izby termin do wniesienia odwołania w tym aspekcie rozpoczął swój bieg od dnia otrzymania informacji o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W związku z tym Izba uznała zarzut za zasadny i stwierdziła, że Zamawiający naruszył art. 8 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp. Jednocześnie Izba uznała, że ze względu na potwierdzenie się zaistnienia przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, odwołanie podlega oddaleniu. Wskazanie bowiem przez Zamawiającego dodatkowej, nieprawidłowo zastosowanej podstawy wykluczenia, nie jest naruszeniem przepisów mogących mieć wpływ na wynik postępowania, zatem - stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp - nie mogło stanowić podstawy uwzględnienia odwołania.

### **Co do obowiązku badania przez Zamawiającego zasadności zastrzeżenia określonych informacji przez wykonawcę jako tajemnicy przedsiębiorstwa**

Izba stoi na stanowisku, że w przypadku, gdy wykonawca zgłaszający udział w postępowaniu zastrzeże określone informacje powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa, to właściwym działaniem Zamawiającego jest dokonanie oceny prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w złożonych ofertach, z tym że do takiej czynności Zamawiający winien przystąpić bez zbędnej zwłoki bezpośrednio po otrzymaniu wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zgodnie bowiem z uchwałą Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. (III CZP 74/05), badanie skuteczności zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy do obowiązków zamawiającego. Jak stwierdził Sąd Najwyższy, konsekwencją nieprawidłowego zastrzeżenia przez wykonawcę jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, które jej nie stanowią, będzie ich ujawnienie przez zamawiającego.

Wskazać również należy, że ewentualne wątpliwości w toku badania prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zamawiający ma możliwość wyjaśnić na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający podczas rozprawy przyznał, że nie badał zasadności zastrzeżenia informacji przez wykonawcę jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Działanie takie, a raczej jego brak ze strony Zamawiającego Izba oceni negatywnie. Obowiązkiem Zamawiającego było ustalenie i ocena, jaki charakter mają informacje zastrzeżone przez wykonawcę. W związku z tym, Izba uznała zarzut za zasadny. Jednocześnie Izba uznała, że ze względu na potwierdzenie się zaistnienia przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, odwołanie podlega oddaleniu. Wskazanie bowiem przez Zamawiającego dodatkowej, nieprawidłowo zastosowanej podstawy wykluczenia, nie jest naruszeniem

przepisów mogącym mieć wpływ na wynik postępowania, zatem - stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp - nie mogło stanowić podstawy uwzględnienia odwołania.

### **Zarzut wykluczenia z powodu podania nieprawdziwych informacji**

Izba nie podzieliła zasadności drugiej z podstaw wykluczenia wskazanej przez Zamawiającego, tj. złożenia przez Odwołującego nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. W zakresie tej przesłanki wykluczenia wykonawcy orzecznictwo sądowe (wyroki: Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r. sygn. akt IV Ca 683/12, Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r. sygn. akt VI Ga 134/12 i Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 25 stycznia 2013 r. sygn. akt II Ca 1285/12) stoi na stanowisku, że wykluczając wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, należy bezspornie wykazać, że przedkładane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje, a ich przedłożenie jest wynikiem zamierzonego, zawinionego działania wykonawcy, nie zaś wynikiem niezrozumienia wymagań.

W ocenie Izby brak jest wystarczających podstaw do przyjęcia, że Odwołujący działał z zamiarem złożenia nieprawdziwych informacji, w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do posiadania wymaganego doświadczenia. Jakkolwiek pewne okoliczności sprawy mogą świadczyć o intencjonalnym działaniu Odwołującego, to nie można również wykluczyć wystąpienia w przedłożonych dokumentach błędu spowodowanego omyłką czy też zwykłym niedbalstwem Odwołującego w kompletowaniu niezbędnej dokumentacji na potrzeby postępowania. Rozstrzygając wątpliwości w tym zakresie na korzyść Odwołującego Izba uznała więc, że podstawy faktyczne do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie zostały dostatecznie wykazane. Sam Zamawiający podczas rozprawy oświadczył, że trudno mu wykazać winę po stronie Odwołującego. W działaniu Odwołującego, Izba dopatruje się braku profesjonalizmu i dołożenia należytej staranności w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Izby, Zamawiający nie przedstawił bezspornych dowodów potwierdzających, że działania Odwołującego były działaniami zawinionymi.

Jednocześnie Izba uznała, że ze względu na potwierdzenie się zaistnienia przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, odwołanie podlega oddaleniu. Wskazanie bowiem przez Zamawiającego dodatkowej, nieprawidłowo zastosowanej podstawy wykluczenia,

nie jest naruszeniem przepisów mogącym mieć wpływ na wynik postępowania, zatem - stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp - nie mogło stanowić podstawy uwzględnienia odwołania.

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

**Przewodniczący**

.....