

WYROK

z dnia 5 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 2 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 września 2020 r. przez wykonawcę **TORPOL S.A., ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **Tramwaje Szczecińskie Sp. z o.o., ul. Klonowica 5, 71-241 Szczecin**.

przy udziale:

- A. Wykonawcy **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.
- B. Wykonawcy **ZUE S.A., ul. Kazimierza Czapińskiego 3, 30-048 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **TORPOL S.A., ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **TORPOL S.A., ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.1 zasądza od wykonawcy **TORPOL S.A., ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań** na rzecz zamawiającego **Tramwaje Szczecińskie Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero

groszy) tytułem zwrotu poniesionych uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Szczecinie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Miasto Szczecin reprezentowana przez Tramwaje Szczecińskie sp. z o.o. w Szczecinie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. „Przebudowa torowiska wraz z siecią trakcyjną od pl. Żołnierza do pętli Niebuszewo oraz w ciągu pl. Żołnierza Polskiego – ul. Matejki – ul. Piłsudskiego (do pl. Rodła). Ogłoszenie o zamówieniu z dnia 04.02.2020 roku numer: 2020/S 024- 052658

Odwołujący: TORPOL S.A. ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań wniósł dnia 11 września 2020 r. odwołanie wobec niezgodnej z przepisami pzp czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu oraz zaniechania czynności, do której Zamawiający był zobowiązany.

1. Zaskarżonej powyżej czynności Zamawiającego zarzuca naruszenie:

1.1 art. 8 ust. 1 i 3, a w konsekwencji art. 7 ust 1 pzp przez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu dokumentu JEDZ część IV, sekcja C: Zdolność Techniczna i Zawodowa punkt 2), pochodzącego od wykonawcy ZUE SA, a tym samym uznanie, że informacje znajdujące się w tym dokumencie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a ww. Wykonawca skutecznie zastrzegł jego treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa, co z prowadzi do stwierdzenia o prowadzeniu przez Zamawiającego postępowania naruszając wymóg uczciwej konkurencji:

1.2 art. 87 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 a w konsekwencji art. 7 ust. 1 i 3 przez nieuprawnione wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 pzp do wyjaśnienia treści oferty wykonawcy ZUE S.A. w zakresie doświadczenia kierownika budowy, będącego jednym z pozacenowych kryteriów oceny ofert, co doprowadziło do nieuprawnionego przyznania wykonawcy ZUE S.A. maksymalnej ilości 20 punktów w ww. kryterium oceny ofert, co z kolei doprowadzi do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu wbrew przepisom ustawy pzp.

1.3 art. 24 ust. 1 pkt. 17 w zw. z art. 24 ust. 8 i 9 pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZUE S.A. który w treści dokumentu JEDZ oraz uzupełnionym JEDZ, w zakresie doświadczenia zawodowego kierownika budowy, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzję podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

2. W kontekście powyższych zarzutów, Odwołujący wnosi o:

2.1 nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2.2 w przypadku uwzględnienia przez Izbę zarzutu z punktu 1.1 dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert, w tym ujawnienie dokumentu JEDZ część IV, sekcja C: Zdolność Techniczna i Zawodowa punkt 2), złożonego przez wykonawcę ZUE S.A.;

2.3 w przypadku uwzględnienia przez Izbę zarzutu z punktu 1.2, dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert, w tym przyznania wykonawcy ZUE S.A. 10 punktów w kryterium doświadczenia kierownika budowy;

2.4 w przypadku uwzględnienia przez Izbę zarzutu z punktu 1.3 dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenia wykonawcy ZUE S.A. z postępowania.

Oferta Odwołującego została oceniona przez Zamawiającego na drugim miejscu, zatem uwzględnienie przedmiotowego odwołania może spowodować, iż zostanie wybrana.

Stan faktyczny.

W postępowaniu Zamawiający ustalił, że każdy wykonawca zobowiązany jest załączyć na jego platformie między innymi: oświadczenie w celu przyznania punktów w kryteriach oceny ofert według wzoru stanowiącego zał 2 do SIWZ - oświadczenie wykonawcy w celu przyznania punktów w kryteriach oceny ofert, określonych w pkt 1 ppkt 2 3 rozdziału XI SIWZ. Wypełnienie oświadczenia polegało na wskazaniu faktycznej ilości zrealizowanych robót na stanowisku kierownika budowy. Zamawiający nie wymagał od wykonawców podania żadnych szczegółowych danych dotyczących tego kryterium, oceniając złożone oferty Zamawiający bazował na prawdziwości oświadczenia złożonego z ofertą. Ocena doświadczenia, miała miejsce po wezwaniu wykonawcy, w trybie art. 26 ust. 1 pzp.

Zamawiający miał przyznać punkty za doświadczenie kierownika od 1 do 3 i więcej robót w pasie drogowym polegających na budowie, przebudowie, modernizacji, remoncie torowiska tramwajowego o konstrukcji bezpodsypkowej długości min.2000 mtp. wraz z węzłem rozjazdowym zawierającym min 3 zwrotnice najazdowe z napędem elektrycznym. Minimalna ilość punktów przy realizacji jednej roboty wynosiła 0, przy dwóch 10, a maks ilość punktów przy realizacji trzech lub więcej robót wynosiła 20.

Wykonawca ZUE S.A. złożył ofertę i wypełniony zał nr 2 do SIWZ nie zastrzegając jeszcze, że ich treść zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Za najkorzystniejszą ofertę uznano ofertę ZUE S.A. i wykonawca wezwany do złożenia oświadczeń oraz dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp złożył oświadczenia i dokumenty. Pismem z 27.07.2020 roku, dokonał zastrzeżenia JEDZ cz. IV. sekcja C: Zdolność Techniczna i Zawodowa pkt 2. jako dokument zawierający tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżona część JEDZ stanowi szczegółowe informację składające się na kryterium oceny ofert: „Doświadczenie kierownika budowy”, w stosunku do którego nie trzeba było składać wcześniej żadnych szczegółowych informacji.

Zamawiający uznał zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa za słuszne i nie udostępnił Odwołującemu treści JEDZ część IV,C: Zdolność Techniczna i Zawodowa punkt 2.

W toku badania oferty stwierdził, że „ZUE opisując doświadczenie zawodowe ww. kierownika w oświadczeniu JEDZ, nie wykazała doświadczenia zawodowego przy realizacji (wykonaniu) 3 robót w pasie drogowym (...) - ponieważ dla jednego z zadań związanego z przebudową i budową torowiska tramwajowego o konstrukcji bezpodsypkowej podał mniejszą niż 2000 długość toru pojedynczego”. Zamawiający uznał, że zachodzą przesłanki wykluczenia wykonawcy na mocy art. 24 ust. 1 pkt. 17 pzp i wezwał ZUE S.A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust 1 pzp, a Wykonawca 20.08.2020 roku złożył wyjaśnienia treści oferty, zastrzegając że ich treść stanowi informacje będącą tajemnicą przedsiębiorstwa (która to treść wyjaśnień została ujawniona przez Zamawiającego - co nie jest przedmiotem zarzutów).

01.09.2020 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zamawiający uznał, że wykonawca ZUE S.A. powinien otrzymać łącznie 100,00 pkt, w tym w kryterium: „Doświadczenie kierownika budowy” otrzymał maks ilość 20,00 pkt.

2.09.2020 r. udostępnił część dokumentacji postępowania, z wyłączeniem treści zastrzeżonych w zakresie objętym JEDZ cz. IV, C: Zdolność Techniczna i Zawodowa pkt 2.

Uzasadnienie zarzutów.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 a i art. 7 ust. 1 pzp materializuje się przez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu dokumentu JEDZ oraz nieprawidłowe uznanie, że informacje zawarte w tych dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a Wykonawca skutecznie zastrzegł treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W art. 8 ust. 3 pzp ustawodawca uzależnił zaniechanie ujawnienia informacji od tego, czy wykonawca cyt. "wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa".

Jak wskazała Izba w KIO 2773/18 „Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania i co najmniej uprawdopodobnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób uprawniony, zaś brak wyjaśnień lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia”.

Zamawiający otrzymał od ZUE S.A. pismo 27.07.2020 r, w którym ogólnikowo wyjaśniono, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca poprzestał na wyjaśnieniu czym są informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, poinformował że zbiór danych nie może być ujawniany, informacja ta jest znana jedynie 4 pracownikom oraz podjęte zostały działania w celu ochrony informacji. Wyjaśnienia nie wykazują, aby podjęto czynności i środki mające na celu ochronę informacji o charakterze tajemnicy przedsiębiorcy. Wykonawca wykazując zastrzeżenie oprócz wskazania orzecznictwa, wskazał na ryzyko „podkupowania sobie pracowników między firmami działającymi w podobnych obszarach działalności”. Po analizie wywodu zastrzeżenia uznać należy za bezskuteczne.

Wyjaśnienia ZUE S.A. z 27.07.2020 r są ogólnikowe. Wykonawca nie udowodnił, aby kryterium oceny ofert w postępowaniu i potencjał osobowy, był wyjątkowy, a osoby wskazane posiadały kwalifikacje o unikalnym charakterze. Wykonawca nie wykazał również, że informacje zawarte w treści JEDZ stanowią dla niego wartość gospodarcza o wymiarze obiektywnym. Odwołujący podkreśla, że skuteczne zastrzeżenie informacji w ofercie jako tajemnicy przedsiębiorstwa może nastąpić na etapie składania ofert. To na tamten moment powinno nastąpić wykazanie zasadności tego zastrzeżenia przez wykonawcę wraz ze złożeniem przekonujących dowodów. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 art. 7 ust. 3 pzp materializuje się w czynnościach Zamawiającego polegających na przyznaniu 20 punktów w kryterium doświadczenia kierownika budowy, pomimo że jak okazało się w toku badania i oceny ofert, wykonawca nie wykazał doświadczenia zawodowego w realizacji 3 robot w pasie drogowym (...) o długości minimum 2000 mtp. Zamawiający nie był uprawniony do wezwania wykonawcy ZUE S.A. do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie kryterium, a to dlatego że Doświadczenie, które ma służyć ocenie ofert w kryteriach pozacenowych. nie może być wyjaśniane ani uzupełniane. Prowadziłoby to do niedozwolonych zmian oferty, w skrajnych wypadkach do możliwości manipulowania rankingiem ofert już po złożeniu ofert.

Odwołujący podkreśla, że oferta w zakresie w jakim dotyczy warunków przedmiotowych nie może być modyfikowana ani w wyniku wezwania w trybie art. 87 ust. 1, ani w trybie odpowiedzi, a wyjątki od zasady niedopuszczalności zmian określono w art. 87 ust. 2 (i tutaj nie wystąpiły).

W sprawie, o ile dopuszczalne było uwzględnienie wyjaśnień treści oferty w stosunku do kwalifikacji kierownika budowy na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu (podmiotowego), to brak jest podstaw do uznania złożonych wyjaśnień przez wykonawcę ZUE SA dot. błędnie wypełnionego wykazu doświadczenia tej osoby w celu przyznania temu wykonawcy określonej liczby punktów z tytułu kryterium oceny ofert (warunki przedmiotowe) Czynność uwzględnienia złożonych wyjaśnień oraz przyznania 20 pkt jest nieuprawniona. Oświadczenie o doświadczeniu kierownika budowy, w zakresie w jakim stanowi oświadczenie podlegające ocenie w ramach kryterium oceny oferty nie może podlegać jakimkolwiek wyjaśnieniom, które w wyniku złożonych przez tego wykonawcę oświadczeń prowadzą do negocjacji złożonej oferty i zmiany w jej treści. Zmiana w przedmiotowym zakresie nie jest dopuszczalna, prowadziłaby do zmiany treści oferty z naruszeniem art. 87. Zamawiający w pierwszej fazie postępowania opierał się jedynie na ogólnym oświadczeniu wykonawców złożonym na przygotowanym druku stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ. Dokument nie pozwalał zweryfikować prawdziwość oświadczenia. W drugiej fazie, Zamawiający badał prawdziwość oświadczenia w zał 2 do SIWZ oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu, za pomocą oświadczenia złożonego w treści JEDZ. Informacja o

doświadczeniu kierownika budowy, w zakresie w jakim dotyczy kryterium oceny ofert nie jest dokumentem uzupełnianym czy podlegającym modyfikacji np. w trybie art. 26 ust. 3 pzp oraz nie powinno podlegać wyjaśnieniu lub zmianie w trybie art. 87 ust. 1 pzp.

Złożone przez ZUE wyjaśnienia mogły służyć wykazaniu spełnienia warunku udziału, ale nie mogły posłużyć do przyznania dodatkowych 10 punktów w kryterium oceny ofert.

Przyznanie wykonawcy ZUE S.A. punktów w kryterium doświadczenie kierownika budowy winno być dokonane jedynie na podstawie złożonego dokumentu JEDZ (tego drugiego JEDZ z informacją wprowadzającą w błąd Zamawiającego), bowiem ten dokument jednoznacznie określał zdobyte doświadczenie. Odwołujący podkreśla, że jedynie ocena tego konkretnego dokumentu JEDZ (a nie ocena złożonych wyjaśnień) może gwarantować zachowanie przejrzystości i jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Postępowanie jest sformalizowane, a formalizm jest gwarantem należytego dokonywania czynności przez Zamawiającego, w tym oceny w kryteriach oceny ofert, a co za tym idzie klasyfikacji ofert. Skoro wykonawca nie wykazał doświadczenia zawodowego w realizacji (wykonaniu) 3 robot w pasie drogowym (...), to Zamawiający nie był uprawniony do przyjęcia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ZUE S.A., gdyż wyjaśnienia te spowodowały ingerencję w treść oferty (więc jej zmianę sprzecznie do art. 87 ust. 1 pzp).

Nawet gdyby uznać wyjaśnienia wykonawcy ZUE S.A. za prawdziwe, to zaistniała omyłka nie mieści się w katalogu określonym art. 87 ust. 2 pzp. Z sytuacją omyłki w treści oferty nie mamy do czynienia, gdyż jej poprawienie otwierałoby wykonawcom możliwość uzupełniania ofert o oświadczenia i dokumenty, które zapewniłyby im uzyskanie większej ilości punktów podczas dokonywanej oceny ofert, co stoi w wyraźnej sprzeczności z dyspozycją art. 87 ust. 1 pzp.

Zarzut naruszenia art. 24 ust 1 pkt. 17 pzp materializuje się w wyżej wskazanej czynności wykonawcy ZUE S.A. polegającej na podaniu nieprawdziwej informacji o doświadczeniu kierownika budowy na 3 robotach w treści załącznika nr 2 do SIWZ oraz bezpośrednio powiązanej z tym nieprawdziwej informacji o doświadczeniu w drugim JEDZ. Informacja ta wprowadziła Zamawiającego w błąd co do posiadanego doświadczenia kierownika budowy i przyczyniła się do przyznania wykonawcy ZUE S.A. 20 punktów, przez co zakwalifikowała go na pierwsze miejsce w rankingu ofert, więc ma wpływ na wynik postępowania.

Przepis objęty zarzutem dotyczy przypadków, kiedy złożenie nieprawdziwych informacji mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Dotyczy on wszelkich informacji składanych w ofercie, oświadczeniach lub uzupełnieniach i wyjaśnieniach, od których uzależniony jest wybór oferty najkorzystniejszej, czyli również co do kwestii formalnych, dotyczących kryteriów oceny oferty.

Dla uznania, że wykonawca złożył informacje wprowadzające w błąd wystarczy lekkomyślność lub niedbalstwo. Jest to wynikiem założenia profesjonalnego charakteru podmiotów biorących udział w przetargach. Ma to odpowiedni związek z formalizmem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W każdym przypadku nieumyślnego złożenia nieprawdziwej informacji, wykonawca powinien być wykluczony z postępowania. Wobec rygorów ustawy, trywialne są tłumaczenia ZUE S.A. dot. zwolnienia lekarskiego pracownika przygotowującego ofertę, który popełnił niezamierzoną omyłkę i wpisał nieprawidłową ilość do JEDZ.

Sprzeczne ze sobą informacje podane przez wykonawcę ZUE S.A. w treści zał 2 do SIWZ oraz drugiego JEDZ, tak daleko wprowadziły w błąd Zamawiającego, że postanowił on wezwać go do złożenia wyjaśnień. To wezwanie do wyjaśnień w sposób nieuprawniony dało wykonawcy ZUE S.A. możliwość złożenia tzw. „samooczyszczenia” (sic!).

W tej sytuacji każda próba samooczyszczenia powodowałaby nieuprawnione zmiany w treści oferty wykonawcy ZUE S.A. Zamawiający dokonując czynności w postępowaniu słusznie uznał, że zachodzą przesłanki do wykluczenia wykonawcy z postępowania na mocy art. 24 ust. 1 pkt. 17 pzp, a czemu dał wyraz we Wniosku komisji przetargowej z dnia 31.08.2020 r. Kolejno jednak Zamawiający dokonał wezwania wykonawcy do wyjaśnień oferty, co pozornie przybrało charakter wyjaśnień treści oferty z art. 87 ust. 1 pzp, a de facto prowadziło do samooczyszczenia z art. 24 ust. 8 i 9 pzp.

Odwołujący podkreśla, że istotą samooczyszczenia jest dobrowolna chęć naprawy szkody z inicjatywy wykonawcy. Potwierdza to art. 24 ust. 9 pzp. Stąd brak możliwości zainicjowania takiej procedury przez Zamawiającego (nawet jeżeli miało to charakter wezwania z art. 87 ust. 1 pzp. Wykonawca ZUE S.A. nie mógł mieć możliwości wyjaśniania treści oferty w trybie samooczyszczenia. W tym przypadku wykonawca po złożeniu drugiego JEDZ, powinien być niemalże z automatu wykluczony z postępowania.

Przystąpienie po stronie odwołującego zgłosił Budimex S.A. wskazując na interes w przystąpieniu i wnosząc o uwzględnienie odwołania .

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W ocenie Zamawiającego wybrana oferta spełniała wszystkie warunki określone w SIWZ i uzyskała największą liczbę punktów według kryteriów SIWZ, spośród wszystkich ofert.

Zamawiający nie widzi podstaw do uwzględnienia któregokolwiek z zarzutów odwołania.

W ocenie Zamawiającego Wykonawca, ZUE S.A. skutecznie dokonał zastrzeżenia JEDZ część IV, sekcja C: Zdolność Techniczna i Zawodowa punkt 2) jako dokumentu zawierającego informacje stanowiącego tajemnicę przedsiębiorstwa. Wobec powyższego nie udostępniono ww. zastrzeżonego dokumentu — natomiast w dniu 2 września 2020 roku

udostępniono Odwołującemu pełną dokumentację postępowania, z wyłączeniem treści zastrzeżonych.

Dokument zawierający informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa został wyodrębniony z pozostałego zbioru dokumentów i jako taki przekazany na platformie do komunikacji elektronicznej, stosowanej w przedmiotowym postępowaniu. Jednocześnie Wykonawca obszernie scharakteryzował i opisał walory tego zestawienia informacji uzasadniające przyjęcie, iż w istocie stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa. W ocenie Pełnomocnika Zamawiającego za nietrafione uznać należy przede wszystkim twierdzenia Odwołującego, aby Wykonawca ZUE S.A. nie odniósł się do problematyki posiadania przez zastrzeżone informacje wartości gospodarczej. Wykonawca ZUE S.A. zasugerował, że zbiór zastrzeżonych informacji (określona konfiguracja osób przedstawianych przez Wykonawcę, skierowanych do wykonania zamówienia publicznego) posiada wartość gospodarczą materializującą się poprzez okoliczność polegającą na tym, iż powzięcie tych informacji może pozwolić innemu przedsiębiorcy zwiększyć zyski (analogicznie obniżyć zyski Wykonawcy zastrzegającego) poprzez przejęcie pracowników posiadających określone kompetencje a wreszcie uzyskanie zamówień publicznych na rynku, na którym wymagany jest posiadanie zasobów kadrowych o wysoko specjalistycznym charakterze posiadanego doświadczenia. W ocenie Zamawiającego brak jest podstaw do oczekiwania od Wykonawcy zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa aby przedstawiał on w sposób skonkretyzowany wartość gospodarczą zastrzeganych informacji (np. w postaci wyliczeń konkretnych kwot). Określenie takiej wartości nierzadko nie byłoby przed ujawnieniem takiej informacji możliwe. W treści art. 8 ust. 3 PZP nie ma mowy o „udowodnieniu”, a o „wykazaniu”, co oznacza, że każdorazowo w okolicznościach danej sprawy wymaga rozważenia, czy złożenie dowodu jest niezbędne (KIO 1410/19). Za zupełnie nietrafiony należy uznać pogląd Odwołującego iż w świetle art. 8 ust. 3 PZP, skuteczne zastrzeżenie informacji zawartych w ofercie jako tajemnicy przedsiębiorstwa „może nastąpić jedynie na etapie składania ofert”.

W ocenie Zamawiającego twierdzenia formułowane na poparcie zarzutu nieuprawnionego wezwania do wyjaśnień a w konsekwencji naruszenia przepisów art. 87 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 PZP, przez noszą znamiona manipulacji. Przyjąć należałoby, iż Wykonawca ZUE S.A. został wezwany do wyjaśnień w zakresie przedstawionego doświadczenia Kierownika Budowy rozumianego jako interpretacja wskazań Wykonawcy w zakresie tego kryterium — np. co do zakresu tego doświadczenia. Tylko takie bowiem „wyjaśnianie” treści oferty mogłoby prowadzić do niedozwolonej zmiany treści oferty.

Tymczasem Wykonawca ZUE S.A. został wezwany do wyjaśnień na zasadzie przepisu art. 87 ust. 1 PZP w zakresie tego na jakiej podstawie określił w swojej ofercie (dokładnie w Załączniku nr 2 do SIWZ — stanowiącym wzór oświadczenia w zakresie Kryteriów Oceny ofert), iż Kierownik Budowy posiada doświadczenie zawodowe przy realizacji (wykonaniu) 3

robót w pasie drogowym polegających na budowie lub przebudowie lub modernizacji lub remoncie torowiska tramwajowego o konstrukcji bezpodsytkowej długości minimum 2000 mtp. wraz z węzłem rozjazdowym zawierającym minimum trzy (3) zwrotnice najazdowe z napędem elektrycznym, skoro z informacji wskazanych w treści oświadczenia JEDZ złożonego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 PZP wynika iż osoba która będzie dysponował na stanowisku Kierownika Budowy legitymuje się doświadczeniem w zakresie 2 robót o takiej charakterystyce. (Wezwanie do ZUE S.A. w trybie art. 87 ust. 1 PZP do wyjaśnień treści oferty z dnia 14.08.2020 r.)

Taki sposób redakcji wezwania nie mógł w żadnej mierze doprowadzić do zmiany lub negocjacji treści oferty Wykonawcy w zakresie przedstawionego kryterium. Oświadczenie w zakresie Kryteriów zostało złożone wraz z ofertą na wzorze Zał nr 2 do SIWZ i jako takie nie podlegało żadnej zmianie. Celem wezwania w postępowaniu nie była więc wola interpretacji oświadczenia Wykonawcy w zakresie doświadczenia proponowanego Kierownika Budowy — ta w istocie sprowadza się do wyrażenia liczbowego (1.2.3). Wezwanie było spowodowane koniecznością rozstrzygnięcia dlaczego w zakresie kryterium oceny ofert Wykonawca przedstawił informację o większej ilości robót skutkujących przyznaniem punktacji w zakresie doświadczenia, niż uczynił to w zakresie dokumentu dotyczącego kwalifikacji podmiotowej Wykonawców (tj. w zakresie spełniania przez nich warunków udziału w postępowaniu).

Wykonawca wyjaśnił, iż rozbieżność pomiędzy wskazaniem w Zał 2 do SIWZ, tj. oświadczeniu w zakresie Kryteriów oceny ofert a informacjami określonymi w JEDZ ma charakter omyłki polegającej na tym, iż w formularzu JEDZ nie wskazano właściwej wartości w zakresie długości nadzorowanej przez osobę roboty budowlanej. Natomiast Wykonawca potwierdził, iż w pełni poprawnie oświadczył w złożonej ofercie (Zał 2 do SIWZ), iż dysponował będzie Kierownikiem budowy, mającym doświadczenie w realizacji 3 robót o charakterystyce wymaganej. Wbrew twierdzeniom Odwołującego wyjaśnienia nie posłużyły Zamawiającemu do przyznania dodatkowych 10 punktów w kryterium. Wyjaśnienia posłużyły do ustalenia czy wskazanie zawarte w oświadczeniu Wykonawcy ZOE S.A. w zakresie kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy” złożonym wraz z ofertą nie było obarczone błędem.

Dokumentacja przetargowa w sposób wyraźny wskazywała nie tylko na jakiej podstawie punkty zostaną przyznane ale też jakimi zasadami Zamawiający kierował się będzie przy ich przyznawaniu. Jedyńm źródłem danych do oceny ofert w zakresie Kryterium — doświadczenia Kierownika Budowy było oświadczenie Wykonawcy, o którym mowa w R V ust. 1 pkt 3 SIWZ - którego wzór stanowił Zał 2 do SIWZ. Ocena takiego działania Zamawiającego nie może być przedmiotem zarzutu na tym etapie postępowania. Jeżeli Odwołujący taki sposób przyznawania punktów w kryterium poczytywał jako niewłaściwy to był uprawnionym do zastosowania środków ochrony prawnej.

W długiej kolejności Zamawiającego przedstawia swoje zapatrywania do zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy ZUE S.A. na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy PZP.

Zamawiający podkreśla, iż wyjaśnienie Wykonawcy potwierdziło, iż rzeczywisty stan rzeczy nie odbiega od tego co przedstawił on w zakresie wskazania w kryterium „Doświadczenia kierownika budowy” (Załącznik nr 2 do SIWZ).

Formalnie dokumenty zostały uzupełnione, jednak mieliśmy do czynienia z wykonawcą obiektywnie spełniającym — już w dacie złożenia pierwotnych dokumentów — wymagania opisane w dokumentacji przetargowej. Uchybienia w sposobie prezentacji informacji nie powinny być utożsamiane z wprowadzeniem w błąd co do spełniania warunków udziału, podleganiu wykluczeniu, wreszcie informacjom podawanym w ramach kryteriów oceny ofert. Trudno byłoby uznać, iż powinien być ukarany wykluczeniem wykonawca posiadający wymagane doświadczenie, który wskutek niestaranności wadliwie sporządził przedkładany dokument JEDZ (podał informację niepotwierdzającą spełnianie warunku czyli zadziałał na swoją niekorzyść!). Celem tej regulacji wydaje się być jednakże przeciwdziałanie przedkładaniu nierzetelnych dokumentów na podstawie których wykonawca niespełniający warunków miałby zostać bezzasadnie dopuszczony do udziału w przetargu lub uzyskać w nim lepszą punktację,

Wykluczenie wykonawcy który w sposób oczywisty nie miał i nie mógł mieć żadnego interesu w prezentowaniu informacji nieprawdziwej byłoby działaniem wykraczającym poza cel omawianej regulacji. W sprawie nie może być zupełnie o instytucji samooczyszczenia, gdyż ta może znaleźć zastosowanie jedynie w wypadku kiedy rzeczywiście doszłoby wypełnienia dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP. Przedstawiona argumentacja prowadzi do wniosku, że taka sytuacja nie miała miejsca w sprawie.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie. Przedstawił pisemne stanowisko wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Przystępujący ZUE S.A. wskazał, iż zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 jest bezzasadny, w odpowiednim czasie zastrzegła tajemnicę przedsiębiorstwa wykazując spełnienie przesłanek określonych z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z uwzględnieniem aktualnego brzmienia przepisu znku.

ZUE S.A. wykazała w piśmie z 27 lipca 2020 r., że zestawienie osób skierowanych przez nią do realizacji Zamówienia wraz z ich doświadczeniem stanowi niepowtarzalny element, który nie jest znany osobom z branży, ani dostępny. W konsekwencji stanowi określoną wartość ekonomiczną chociażby przez umożliwienie „startowania” w przetargach. Wykazała też, że chroni przedmiotowe dane na poziomie dokumentów w formie tradycyjnej i elektronicznej wyrażając wolę aby przedmiotowe informacje nie mogły dostać do osób niepowołanych.

Dane podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Dane stanowią wartość gospodarczą dla ZUE S.A. jaką jest kapitał ludzki, fachowcy w danej dziedzinie. Ma więc prawo chronić

dostęp do takich zasobów. Warunkiem wstępnym umożliwiającym dostęp konkurentów do zasobów ludzkich jest poznanie imienia i nazwiska. Ochroną objęto wszelkie informacje, które umożliwiają identyfikację osoby. Informacje posiadają więc co najmniej potencjalną wartość gospodarczą. Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami ZUE S.A. w tym zakresie Zamawiający nie miał wątpliwości i zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie odpowiedniego fragmentu JEDZ obejmującego dane i doświadczenie kierownika budowy.

Odwołujący nie podał w odwołaniu, iż doszło do naruszenia art. 11 ust. 2 znku, który to przepis stanowi w istocie definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Nawet gdyby uznać, że Zamawiający nieprawidłowo przyjął zastrzeżenie tajemnicy za skuteczne i błędnie odmówił dostępu do dokumentu, to mimo wszystko zarzut nie może stanowić skutecznej przesłanki do uwzględnienia KIO odwołania zgodnie jako nie mające wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający stawiał określone wymagania, co spowodowało konieczność dobrania zespołu o różnorodnych kwalifikacjach. Taki zespół nie jest potrzebny w przypadku mniejszych zadań i tak odpowiednio skomponowany zbiór danych pracowników/ współpracowników zawarty w zastrzeżonych dokumentach przez Wykonawcę, nie może być powszechnie znany osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, bowiem został zestawiony specjalnie na potrzeby tego konkretnego postępowania przetargowego, posiada również cenną wartość gospodarczą. Nie jest prawdą jakoby tego rodzaju dane były następnie jawne dla wszystkich (po tym jak zadanie publiczne zostanie rozpoczęte).

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 pzp w zw. z art. 90 ust. 1 przystępujący wskazał, że w ofercie złożył oświadczenie (zał 2 pn. „kryteria oceny ofert”, stanowiący jej część), że „osoba przewidziana na stanowisko kierownika budowy, posiada doświadczenie zawodowe przy realizacji (wykonaniu) 3 roboty/robót w pasie drogowym polegającej/polegających na budowie lub przebudowie lub modernizacji lub remoncie torowiska tramwajowego o konstrukcji bezpodsytkowej długości minimum 2000 mtp. wraz z węzłem rozjazdowym zawierającym minimum trzy (3) zwrotnice najazdowe z napędem elektrycznym”.

Będąc wezwany w trybie art. 26 ust. 1 pzp, do potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia wskazał w IV części JEDZ, pn. „Zdolność techniczna i zawodowa” konkretne zadania, które spełniają wymóg opisany przez Zamawiającego (przy czym w przypadku jednego z nich doszło do omyłki, która polegała na tym, że po podaniu konkretnego zadania, które spełnia kryteria podane przez Zamawiającego, doszło do wpisania niewłaściwej ilości wykonanych m toru pojedynczego

(mtp) — okoliczności z tym związane zostały wyjaśnione w piśmie Przystępującego z dnia 20 sierpnia 2020 r.).

Wyjaśnienia w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z 14 sierpnia 2020 r. Nie doszło do zmiany oferty. Tak jak pierwotnie w ofercie Przystępujący wskazał, że podana przez niego osoba ma doświadczenie w realizacji 3 zadań, jak opisano w kryteriach wyboru ofert, tak dalej taka właśnie treść oferty obowiązuje w niezmienionej postaci. Przystępujący podał 3 konkretne zadania i cały czas mowa o dokładnie tych zadaniach. Zadania spełniają wymogi Zamawiającego, a osoba wskazana posiada wymagane doświadczenie w 100%.

Nie doszło do naruszenia reguł wskazanych w ustawie. Zamawiający powziął wątpliwość i na tej podstawie skierował swoje zapytanie w zakresie treści oferty. W przypadku powzięcia wątpliwości co do poprawności zaoferowania przedmiotu zamówienia zamawiający ma prawo, i zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie treści złożonej przez niego oferty.

Instytucja wyjaśnień określonych w art. 87 ust. 1 ma zastosowanie do wszystkich elementów oferty i nie doznaje ona ograniczeń. Potwierdza to ugruntowane orzecznictwo.

Nie można mówić o negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą co do treści oferty, jak również o dokonywaniu w niej jakichkolwiek zmian czy uzupełnień. Wystąpiła jedynie omyłka, której przyczyna została wyjaśniona. Wykaz zadań będących podstawą doświadczenia kierownika budowy nie uległ zmianie, zatem prawdziwe było i jest oświadczenie ujęte w ofercie w zał. nr 2 do SIWZ „kryteria oceny ofert”, że wskazany przez wykonawcę kierownik budowy posiada doświadczenie w zakresie trzech zadań każde przewyższało 2.000 mpt.

ZUE S.A. wskazał, iż Spółka do oferty z 13 maja 2020 r. załączyła oświadczenie że dysponuje Kierownikiem Budowy, która ma doświadczenie w realizacji 3 robót punktowanych w kryteriach. Oświadczenie jest prawdziwe i Kierownik Budowy posiada odpowiednie doświadczenie w wykonaniu 3 zadań inwestycyjnych długości min 2.000 mtp. ZUE przedstawiła 20 sierpnia 2020 r. referencje potwierdzające rzeczywiście wykonaną ilość metrów na przedmiotowym zadaniu. Mając powyższe wyjaśnienia ZUE S.A., potwierdzone oświadczeniem inwestora Zamawiający prawidłowo dokonał wyboru oferty ZUE S.A. jako najkorzystniejszej, nie dopatrując się w niej żadnych uchybień. Omyłka ZUE S.A. w formularzu JEDZ złożonym w terminie późniejszym nie wpływała na punktację i nie mogła mieć wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

Podkreślenia wymaga, że ta nieprawidłowa ilość to nie ilość „zwiększająca” ilość mtp (tak aby Przystępujący „załapał” się tym zadaniem na większą liczbę punktów). Przeciwnie Przystępujący omyłkowo podał zbyt małą ilość. Nie ma podstaw do mówienia o istotności wpływu na decyzje Zamawiającego w sytuacji, gdy decyzja Zamawiającego który otrzymałby informacje w pełni prawdziwe byłaby dla niego „korzystna”. W takiej sytuacji bowiem nie można mówić o tym, że przedstawienie informacji nieprawidłowych miało istotny wpływ na

decyzje zamawiającego — ten wszak przy przedstawieniu informacji prawidłowych z pewnością przyznałby 20 pkt.

W trakcie rozprawy strony i uczestnik podtrzymali stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy tj. dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obejmującą w szczególności treść złożonych ofert z załącznikami i udokumentowane kolejne zdarzenia w toku postępowania do momentu ogłoszenia przez zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej, jak również stanowiska stron i na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Oczywiście jest, że w następstwie uwzględnienia odwołania, w wyniku przewidywalnej sekwencji zdarzeń, realna byłaby możliwość ubiegania się przez odwołującego o udzielenie mu zamówienia.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów w ustalonym w postępowaniu stanie faktycznym, Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Skład orzekający uznaje okoliczności faktyczne sprawy za wyjaśnione.

W ocenie Izby zastrzeżenie wykonawcy dotyczące treści dokumentu JEDZ jako zawierającej informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 8 ust. 3 ustawy pzp w związku z ustawą, do której przepis odsyła, nie jest zasadne, a odmowa udostępnienia informacji o osobach pełniących funkcję kierowników budowy i robót uchybia zasadzie jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie negując tezy, iż zastrzeżenie informacji może nastąpić wraz z ich złożeniem, a nie wcześniej, Izba stwierdza, że wykonawca nie wykazał, po myśli art. 8 ustawy pzp i art. 11 znku wartości gospodarczej zastrzeżonej informacji o personaliach osób przewidzianych do pełnienia funkcji na budowie. W szczególności twierdzenie, że określony zestaw osobowy tj. jego konfiguracja na potrzeby określonej inwestycji, nosi w sobie wartość gospodarczą, a ujawnienie informacji w tym zakresie nosi ryzyko utraty tego zespołu np. w wyniku tzw. podkupienia pracownika nie zostało przekonująco wykazane. W ocenie Izby instrument zastrzegania informacji nie powinien dotyczyć wskazanego motywu zastrzeżenia, jakim miałyby być w istocie pozaprawne wzmocnienie więzi pracownika z pracodawcą.

Ocena w powyższym zakresie pozostaje jednak bez wpływu na wynik postępowania wskazany w sentencji orzeczenia i w zgodzie z art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp, jako że Izba uznała za niezasadne zarzuty pozostałe.

Za nieuprawnione i nie znajdujące podstaw w stanie faktycznym uznać należy twierdzenie o zmianie treści oferty lub niedopuszczalnych negocjacjach jej treści. Wykonawca ZUE S.A. został wezwany do wyjaśnień na zasadzie przepisu art. 87 ust. 1 PZP w zakresie tego, na jakiej podstawie określił w swojej ofercie - w Załączniku nr 2 do SIWZ wg wzoru - oświadczenia, iż kierownik budowy posiada doświadczenie zawodowe najwyższej punktowane w kryteriach, skoro z informacji w treści oświadczenia JEDZ złożonego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 PZP wynika, iż osoba ta legitymuje się doświadczeniem w zakresie 2 robót o wymaganej charakterystyce.

Inna informacja podana na wezwanie nie oznacza, że nastąpiła zmiana lub negocjacja treści oferty w zakresie przedstawionego kryterium. W rzeczywistości oświadczenie w zakresie pozacenowego kryterium oceny ofert zostało przez wykonawcę złożone wraz z ofertą cenową na ustalonym wzorze i jako takie w toku całego postępowania nie podlegało zmianie. Zamawiający zasadnie oczekiwał wyjaśnień, dlaczego w zakresie kryterium oceny ofert wykonawca przedstawił wraz z informacją o większej liczbie robót skutkujących przyznaniem maksymalnej punktacji w zakresie doświadczenia, natomiast w zakresie dokumentu złożonego na wezwanie przedstawił informację wskazującą na niższą niż deklarowana, pozycję w rankingu z uwzględnieniem kryteriów oceny ofert. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca wyjaśnił przyczyny różnicy w kolejnych informacjach wskazując, iż rozbieżność w oświadczeniu w zakresie Kryteriów oceny ofert z informacjami określonymi w JEDZ ma charakter omyłki polegającej na tym, iż w formularzu JEDZ nie wskazano właściwej wartości w zakresie długości nadzorowanej przez osobę roboty budowlanej. Izba zauważa, że informacja o inwestycjach, mimo jednej omyłki, nie uległa zmianie począwszy od treści zawartej w ofercie, a przede wszystkim jest zgodna z rzeczywistym stanem rzeczy, potwierdzonym dodatkowymi dowodami przez wykonawcę – przystępującego. Brak jest podstaw do przypisywania waloru przesądzającego wyłącznie jednemu dokumentowi obarczonemu niezamierzonym błędem zauważając przy tym, że nieracjonalne byłoby przyznanie tej właśnie treści znaczenia w postępowaniu i przyjęcie, że wykonawca popełnił omyłkę na swoją oczywistą niekorzyść.

Skoro zatem wyjaśnienie wykonawcy potwierdziło rzeczywisty stan rzeczy nie odbiegający od tego co przedstawił on w zakresie wskazania w kryterium „Doświadczenia kierownika budowy” (Załącznik nr 2 do SIWZ) „nieprawidłowość” w zakresie określenia doświadczenia Kierownika Budowy wskazanego w oświadczeniu zawartym w drugim dokumencie JEDZ, pozostawała bez wpływu na decyzję Zamawiającego zarówno w zakresie kryterium oceny oferty jak i podmiotowej kwalifikacji Wykonawcy. Brak zatem w konsekwencji do uznania

zasadności zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy ZUE S.A. na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy PZP.

Wymaga nadto stwierdzenia, że uchybienie mające charakter omyłki w treści informacji nie może być w niniejszej sprawie utożsamione z wprowadzeniem w błąd co do spełniania warunków udziału. Trudno byłoby uznać, iż powinien być wykluczony wykonawca posiadający wymagane doświadczenie, który wskutek niestaranności wadliwie sporządził przedkładany dokument JEDZ (podał informację niepotwierdzającą spełnianie warunku czyli zadziałał na swoją niekorzyść), a informacja rzeczywista była przedstawiona już na etapie składania ofert.

Kwestionowane czynności Zamawiającego były zatem zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i ich nie naruszyły.

Mając na względzie stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy 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 ze zm.).

.....