

Sygn. akt: KIO 290/13

WYROK
z dnia 20 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Emil Kawa**
 Magdalena Grabarczyk
 Marek Koleśnikow

Protokolant: **Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lutego 2013r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lutego 2013r. przez wykonawcę ELTEL NETWORKS S.A., ul. Kaliska 21, 61-131 Poznań w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Zabrze - Miejski Zarząd Dróg i Infrastruktury Informatycznej, ul. Piastowska 11, 41-800 Zabrze,

przy udziale wykonawcy HAWE Budownictwo Sp. z o.o., ul. Działkowa 38, 59-220 Legnica zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża ELTEL NETWORKS S.A., ul. Kaliska 21, 61-131 Poznań i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ELTEL NETWORKS S.A., ul. Kaliska 21, 61-131 Poznań tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

.....

.....

UZASADNIENIE

Miasto Zabrze - Miejski Zarząd Dróg i Infrastruktury Informatycznej, ul. Piastowska 11, 41-800 Zabrze, zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa zabrzańskie szerokokopasmowej sieci światłowodowej - Etap II i III - wraz z punktem hot - spot”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 9 sierpnia w dniu 2012 roku oraz w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 9 sierpnia 2012 nr ID:2012-112083.

Na realizację przedmiotowego zamówienia zostały złożone dwie oferty tj przez wykonawcę: HAWE Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, oraz przez ELTEL NETWORKS S.A., ul. Kaliska 21, 61-131 Poznań.

W dniu 29 listopada 2012 r., Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty, złożonej przez HAWE Budownictwo Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w tym postępowaniu. Od takiej czynności zamawiającego wykonawca przez ELTEL NETWORKS S.A., złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Zamawiający odpowiadając na wniesione odwołanie oświadczył pismem z dnia 7 grudnia 2012 roku, że postanowił uwzględnić podniesione w odwołaniu zarzuty w całości. Wobec tego faktu KIO postanowieniem z dnia 17 grudnia 2012 roku sygn. akt KIO 26988/12 umorzyła postępowanie odwoławcze.

W następstwie umorzenia postępowania zamawiający dokonał ponownego badania i oceny ofert i ponownie dokonał w dniu 30 stycznia 2013 roku wyboru oferty wykonawcy HAWE Budownictwo Sp. z o.o. (dalej: HAWE) jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Wobec ponownego wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, wykonawca ELTEL NETWORKS S.A. (dalej: odwołujący) złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej(dalej: KIO) od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego oraz zaniechania dokonania przez zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany na podstawie Pzp.

W wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.art. 186 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie wykonania czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu wniesionym przez ELTEL Networks S.A. w dniu 7 grudnia 2012 r. tj. zaniechanie wykluczenia spółki HAWE Budownictwo Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu i uznania złożonej przez nią oferty za odrzuconą, a także zaniechanie dokonania wyboru oferty ELTEL Networks S.A. jako oferty najkorzystniejszej - pomimo uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów. Nadto naruszenia przez niego art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 24 ust. 4 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp postawionych w tym odwołaniu. 2.art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia spółki HAWE Budownictwo

sp. z o.o. z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, pomimo złożenia przez wskazaną spółkę nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz pomimo niewykazania przez HAWĘ Budownictwo Sp. z o.o. spełniania przez nią warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia

3.art. 24 ust. 4 PZP poprzez zaniechanie uznania oferty złożonej przez HAWĘ Budownictwo Sp. z o.o. za odrzuconą;

4.art. 7 ust. 3 PZP poprzez dokonanie niezgodnej z przepisami ustawy czynności polegającej na wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez HAWĘ Budownictwo Sp. z o.o. - tj. wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu - oraz zaniechaniu dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;

5. art. 8 ust. 1-3 PZP w zw. z art. 96 ust. 3 PZP oraz 11 ust. 4 ustawy z dnia z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów i oświadczeń, złożonych przez HAWĘ Budownictwo Sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej w postępowaniu przez HAWĘ Budownictwo Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej;
2. wykluczenia HAWĘ Budownictwo Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 PZP;
3. uznania oferty HAWĘ Budownictwo Sp. z o.o. za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 PZP;
4. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.
5. udostępnienia wszystkich dokumentów i oświadczeń, złożonych przez HAWĘ Budownictwo Sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień, w tym załączonych do pisma HAWĘ Budownictwo Sp. z o.o. z dnia 17 stycznia 2013r.:
 - 1.uaktualnionego wykazu robót i usług;
 - 2.referencji wystawionych na rzecz podmiotów trzecich, które oddają do dyspozycji Wykonawcy (HAWĘ Budownictwo Sp. z o.o.) swoje zasoby tj. wiedzę i doświadczenie;
 - 3.zobowiązań podmiotów trzecich do oddania na rzecz Wykonawcy do dyspozycji zasobów tj. wiedzy i doświadczenia;
 - 4.oświadczeń ww. podmiotów trzecich o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia (zgodnie z załącznikiem B);
 - 5.odpisów aktualnych KRS dla ww. podmiotów trzecich;

6.zaświadczeń o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzających stan zaległości ww. podmiotów trzecich;

7.zaświadczeń o niezaleganiu w opłacaniu składek (ZUS) ww. podmiotów trzecich;

8.informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla każdego z członków zarządów ww. podmiotów trzecich;

9.informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla ww. podmiotów jako podmiotów zbiorowych ww. podmiotów trzecich;

10.uaktualnionego wykazu osób;

zobowiązania osoby fizycznej, która będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia publicznego do udostępnienia swoich zasobów

11.zobowiązania osoby fizycznej, która będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia publicznego do udostępnienia swoich zasobów;

12.oswiadczenia o braku podstaw do wykluczenia

13. dokumentu potwierdzającego, że osoba fizyczna na stanowisko kierownika budowy posiada wymagane uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno- budowlanej bez ograniczeń

14.zaświadczenia właściwej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa dla osoby fizycznej, która będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia (Kierownika budowy).

Zamawiający odpowiadając na odwołanie stwierdził, że w wyniku wezwania wykonawcy ETEL do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia złożonych wraz z oferta dokumentów, mających potwierdzać spełnianie wymaganych w SIWZ warunków udziału w postępowaniu stwierdził, że oferta tego wykonawcy, w wyniku dokonanych uzupełnień, jest zgodna z treścią wymagań zamawiającego, jest oferta z najniższą ceną i jako taka winna zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Przystępujący do postępowania po stronie zamawiającego wykonawca HAWE wniósł o oddalenie odwołania i stwierdził, że złożona oferta jest zgodna z wymaganiami zamawiającego, a dokonane zastrzeżenie treści niektórych dokumentów oferty było niezbędne dla ochrony jego interesów i spełniało stawiane w tym zakresie wymagania przepisów prawa.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SIWZ, treści odwołania z poprzedniego postępowania odwoławczego, złożoną ofertę, jak również biorąc pod uwagę treść pism procesowych oraz oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Na wstępie stwierdzić należy, że Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania, gdyż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełnione zostały przesłanki istnienia interesu odwołującego o których mowa w art. 179 ust.1 ustawy Pzp w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Również przystępujący wykazał posiadanie interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony do której przystąpili.

Mając na uwadze powyższe, skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż wniesione odwołanie **nie zasługuje na uwzględnienie**, gdyż podniesione zarzuty nie znalazły potwierdzenia zarówno w materiale sprawy, jak i w treści oświadczeń złożonych przez odwołującego.

Za kluczowe dla oceny zasadności zarzutów przedmiotowego odwołania niezbędne było rozstrzygnięcie dwóch kwestii tj.- czy w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania (z zawartym żądaniem wykluczenia tego wykonawcy), możliwy jest ponowny wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej. A także czy złożenie przez wykonawcę (na termin składania ofert) na potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, wykazu robót niepotwierdzających jego spełnianie, należy kwalifikować jako złożenie przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji o których mowa w treści przepisu art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 186 ust. 2 PZP; art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4; art. 24 ust. 4 oraz art. 7 ust. 3 PZP, odwołujący stwierdził iż pomimo uwzględnienia przez zamawiającego pismem z dnia 7 grudnia 2012 roku całości zarzutów odwołania, w tym zarzutu złożenia przez HAWĘ Budownictwo Sp. z o.o. nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, zamawiający nie zrealizował wynikającego z art. 186 ust. 2 Pzp obowiązku, wykonania czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wskazał, że zamawiający pismem z dnia 9 stycznia 2013 r. wezwał – zamiast wykluczyć- wykonawcę HAWĘ do uzupełnienia dokumentów w zakresie: posiadanego przez tego wykonawcę doświadczenia tj. złożenia wykazu wykonanych robót, z którego będzie wynikać, że wykonawca wykonał roboty w wymaganym w SIWZ zakresie, a także dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj. wykazu osób, które będą realizować zamówienie, w szczególności osoby mającej pełnić obowiązki Kierownika Budowy.

W odpowiedzi na to wezwanie Wykonawca HAWĘ pismem z dnia 17 stycznia 2013 r. przedstawił szereg nowych dokumentów mających potwierdzać spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wiedzą i doświadczeniem oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, co do których w większości zastrzegł, że stanowią one tajemnice przedsiębiorstwa i jako takie powinny być zachowane

w poufności. W szczególności HAWĘ Budownictwo Sp. z o.o. przedstawił w załączeniu do tego pisma nowy wykaz robót wykonanych przez podmioty trzecie udostępniające zasoby w postaci doświadczenia oraz wskazał nową osobę mającą pełnić rolę Eksperta kluczowego-Kierownika budowy.

Jednocześnie podniósł, że zamawiający, uwzględniając w całości zarzuty zawarte w odwołaniu z dnia 7 grudnia 2012 r., przyznał tym uwzględnieniem, że spółka HAWĘ złożyła w postępowaniu udzielenie zamówienia nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania i jako taka winna zostać wykluczona z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Nadto stwierdził, że w świetle powyższego orzeczenia oraz wobec jednoznacznego brzmienia art. 186 ust. 2 zd. drugie Pzp nie sposób przyjąć- zdaniem odwołującego, odmiennej interpretacji przepisów ustawy i uznać, że dalsze postępowanie w sprawie uzależnione było od wyboru lub uznaniowej decyzji zamawiającego. Nie powinno zatem budzić wątpliwości, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający winien był wykluczyć HAWĘ Budownictwo Sp. z o.o., a jej ofertę uznać za odrzuconą.

Zamawiający odpowiadając na ten zarzut wskazał, że uwzględniając poprzednie odwołanie kierował się tym, iż niewątpliwym w sprawie okazał się fakt, że dokonując pierwotnej oceny oferty wykonawcy HAWĘ w sposób niewłaściwy dokonał oceny wykazania przez tego wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osoba posiadającą wymagane uprawnienia do pełnienia funkcji kierownika budowy.

W odniesieniu do powyższego Izba ustaliła, iż w odniesieniu do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zostało wydane w dniu 17 grudnia 2012 roku przez Krajową Izbę Odwoławczą orzeczenie w sprawie o sygn. akt KIO 2698/12 w postaci postanowienia, w ramach którego Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w związku z uwzględnieniem przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

Izba poddając merytorycznej ocenie przedmiotowy zarzut na wstępie wskazuje, że zgodnie z treścią przepisu art. 186 ust 2 ustawy Pzp *„w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu..... zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu”*.

Biorąc pod uwagę doniosłość takiej decyzji zamawiającego co do całości zarzutów odwołania, zdaniem Izby stwierdzić należy jednoznacznie iż taka decyzja winna być czynnością przemyślaną i racjonalną, dokonaną w oparciu o analizę treści przepisu art. 186 ust 2 Pzp- czyli uwzględnieniu wszystkich zarzutów oraz żądań odwołującego- oczywiście pod warunkiem, że żądania te mają uzasadnienie w przepisach ustawy Pzp. Za niewłaściwe

postępowanie zamawiającego należy uznać uwzględnienie całości zarzutów odwołania w sytuacji, jak stwierdził zamawiający na rozprawie, iż za zasadny do uwzględnienia uważał tylko jeden z podniesionych zarzutów. W takiej sytuacji nie było przeszkód prawnych, aby zamawiający uwzględnił zasadność tylko niektórych zarzutów odwołania, poddając jednocześnie zarzuty pozostałe rozstrzygnięciu KIO.

Jednakże pomimo zaistnienia powyższej sytuacji stwierdzić należy, że zamawiający wykonując powtórzenie czynności wbrew żądaniom zawartym w uwzględnionym odwołaniu, bądź nie wykonując ich co wszystkich uwzględnionych zarzutów naraża się jedynie na zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 lub 3 ustawy Pzp i tym samym na merytoryczne rozpoznanie odwołania. Żaden przepis ustawy Pzp nie dopuszcza możliwości z tego powodu, odrzucenia oferty takiego wykonawcy. Zamawiający dokonując powtórnie czynności badania i oceny oferty co do której podniesione zarzuty uwzględnił w całości, winien kierować się w swoich działaniach przepisami prawa, postanowieniami SIWZ opierając swoje działania na prawidłowo ustalonym stanie faktycznym. Wszystkie działania zamawiającego winny być zgodne z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Możliwość dokonania oceny uwzględnionych zarzutów niezgodnie z żądaniem odwołującego zawartym w uwzględnionym przez zamawiającego odwołaniu, wynika z obowiązku aby zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp, co jednoznacznie wynika z normy prawnej wyrażonej w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Tym samym pomimo negatywnej oceny takiego postępowania zamawiającego, który złożył oświadczenie o uznaniu całości zarzutów odwołania pismem z dnia 7 grudnia 2012 r. w sytuacji kiedy wg. jego oświadczenia zasadne było uznanie tylko jednego z podniesionych zarzutów oraz nie uwzględnił zawartych w nim żądań, to jednak przy dokonywaniu ponownej oceny oferty w tym zakresie, Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów ustawy Pzp. Odwołujący nic takiego zasadnie nie wykazał. Tym samym brak jest podstaw do uwzględnienia tego zarzutu przez Izbę.

W tym zakresie Izba akceptuje w całości stanowisko wyrażone w tezie wyroku KIO z dnia 21.06.2011 r., sygn. akt 1231/11, gdzie Izba stwierdziła iż *„uwzględnienie zarzutów odwołania nie oznaczają jeszcze nieograniczonego prawem - okolicznościami konkretnego stanu faktycznego, obowiązku bezkrytycznego wykonania żądań w ich dosłownym kształcie, a raczej skutkują obowiązkiem oddania kierunku tych żądań wynikającego z treści uwzględnionych zarzutów”*.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia spółki HAWE z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia pomimo niewykazania przez tego wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Izba stwierdza, że

przeprowadzone postępowanie odwoławcze nie wykazało zasadności podniesionego w tym zakresie zarzutu.

Wskazać należy, że zamawiający w pkt 5.2.2. SIWZ wskazał, że warunek posiadania wiedzy i doświadczenia zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał:

a) w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 roboty budowlane obejmujące budowę (wraz z projektowaniem) szerokopasmowej sieci światłowodowej, o wartości co najmniej 7.000.000,00 złotych brutto każda; lub

b) co najmniej 2 roboty budowlane obejmujące budowę (bez projektowania) szerokopasmowej sieci światłowodowej, o wartości co najmniej 6.000.000,00 złotych brutto każda (w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) oraz co najmniej 2 usługi polegające na projektowaniu szerokopasmowej sieci światłowodowej, o wartości co najmniej 1.000.000,00 złotych brutto każda (w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie).

Natomiast w zakresie dysponowania osobą na stanowisko Kierownika robót, zamawiający w pkt 5.2.3.lit. g) SIWZ określił warunki, jakie powinna spełniać osoba mająca pełnić funkcję Eksperta Kluczowego - Kierownika budowy. Wymagał legitymowania się przez wskazaną osobę na tą funkcję posiadaniem co najmniej 5 letniego doświadczenia na stanowisku kierowniczym w wykonawstwie robót jako kierownik budowy, przy czym doświadczenie do miało obejmować pełnienie funkcji kierownika budowy obejmującej budowę szerokopasmowej sieci światłowodowej, o łącznej wartości robót co najmniej 7.000.000,00 zł. Ponadto wskazana osoba zobowiązana była wykazać się posiadaniem uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane – tj. do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń.

Wykonawca HAWE dla wykazania się spełnieniem warunku wiedzy i doświadczenia, według odwołującego przedstawił wykaz wykonanych robót, których przedmiotem było zamówienie realizowane „pod klucz” pod nazwą „Budowa linii światłowodowej w realizacji od Poznania ul. Bułgarska do Rawicza (Masłowo)”, oraz zamówienie realizowane „pod klucz” pod nazwą „Budowa linii światłowodowej w realizacji od Rawicza (Masłowo) do Wrocławia (Stadion)”,

Zdaniem odwołującego analiza przedstawionego przez HAWE wykazu wskazuje, że w istocie nie obejmował on dwóch robót budowlanych rozumianych jako odrębne przedsięwzięcia organizacyjne i inwestycyjne, ale jako jedną i tą samą robotę budowlaną polegającą na budowie linii światłowodowej w relacji od Poznania (ul. Bułgarska) do

Wrocławia (stadion).

Jednocześnie wykonawca HAWE na stanowisko Kierownika budowy wskazał osobę p. A..... S..... (s. 67 Oferty), który posiada uprawnienia budowlane w telekomunikacji do projektowania i kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą bez ograniczeń, co jednakże nie jest zdaniem odwołującego, tożsame z posiadaniem wymaganych przez zamawiającego uprawnień do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno – budowlanej, bez ograniczeń.

Wątpliwości odwołującego w tym zakresie podzielił również sam zamawiający który pismem z dnia 9 lutego 2013 roku wezwał w trybie przepisu art. 26 ust.3 ustawy Pzp wykonawcę HAWE do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do wyjaśnień i przedłożenia dokumentów z dnia 9.01.2013 r., przystępujący HAWE wskazał nową osobę do pełnienia funkcji kierownika budowy stwierdzając ponadto, że najpóźniej na dzień składania ofert dysponował tą osobą. Również celem wyeliminowania wątpliwości co do realizacji dwóch ww. robót budowlanych, a także zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji, dołączył umowę zlecenia z dnia 28.07.2010 r. wraz z aneksem z dnia 25.05.2012 r. Z dokumentów tych zdaniem przystępującego wynikało wykonanie dwóch odrębnych zadań, tj. Poznań - Masłowo i Masłowo - Poznań. Każde zadanie miało własny termin realizacji, własny zakres robót obejmujący fazę projektowania i budowę rurociągu. Ponadto przystępujący dodatkowo przedłożył zobowiązanie podmiotów trzecich do udostępnienia wiedzy i doświadczenia w zakresie dalszych dwóch robót budowlanych, wykazując jednocześnie, że dysponował tymi zasobami najpóźniej w dniu złożenia oferty.

Przedłożone w uzupełnieniu wezwania zamawiającego ww. dokumenty zostały objęte przez wykonawcę tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba dokonując oceny wykazania spełniania przez przystępującego warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobą do pełnienia funkcji kierownika robót budowlanych, w zakresie dokumentów uzupełnionych, stwierdza, że wykonawca HAWE poprzez złożone nowe dokumenty, w sposób wystarczający wykazał spełnianie przedmiotowych warunków SIWZ. Tym samym zarzut odwołującego dotyczący niewykluczenia wykonawcy HAWE z postępowania nie znalazł potwierdzenia w dokumentacji postępowania.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia spółki HAWE z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia pomimo złożenia nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania odwołujący zarzucił zamawiającemu, że /opisane wyżej roboty budowy linii światłowodowej/ nie stanowiły w istocie dwóch robót

budowlanych rozumianych jako odrębne przedsięwzięcia organizacyjne i inwestycyjne, a jedna i ta sama robotę budowlana realizowana od Poznania do Wrocławia. Tym samym zasadne było jego zdaniem przyjęcie, że taki sztuczny rozdział jednej usługi na dwie oddzielne roboty budowlane miał na celu umyślne wprowadzenie w błąd zamawiającego celem uzyskania przedmiotowego zamówienia. Ponadto stwierdził, że wobec złożenia nieprawdziwych informacji przez przystępującego HAWĘ zamawiający dokonał naruszenia przepisu art. 26 ust.3 ustawy Pzp, gdyż w sytuacji złożenia nieprawdziwych informacji **nie** jest możliwe zastąpienie informacji nieprawdziwej nową informacją prawdziwą. Zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę HAWĘ z udziału w postępowaniu - bez podejmowania dalszych czynności zmierzających do zastąpienia złożonych przez wykonawcę nieprawdziwych oświadczeń nowymi dokumentami i oświadczeniami.

Dla dokonania oceny tego zrzutu zasadne jest zdaniem Izby, odniesienie się do kwestii możliwości wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji i tym samym uzasadniających zastosowanie sankcji z przepisu art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Na wstępie stwierdzić należy, że wykonawca, składając w postępowaniu oświadczenia woli czy wiedzy, a także posługując się określonymi dokumentami na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ponosi odpowiedzialność za zakres i treść tych informacji zawartych w swojej ofercie. Podkreślenia przy tym wymaga, że powyższe informacje podawane w postępowaniu o zamówienie są oświadczeniami składanymi w określonym celu- dla uzyskania zamówienia.

Stosownie do treści art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający wyklucza wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

Tym samym, do wykluczenia wykonawcy na podstawie ww. przepisu nie jest wystarczające wykazanie nieprawdziwości przekazanych informacji, albowiem dla zaistnienia przesłanki wykluczenia wynikającej z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp niezbędne jest dodatkowo udowodnienie, że w danych okolicznościach złożenie nieprawdziwych informacji miało lub mogło mieć wpływ na wynik tego postępowania.

Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z 7 stycznia 2009 r., sygn. akt XII Ga 433/08 stwierdził, że *dla zastosowania sankcji wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, nie jest więc wystarczające jedynie „uprawdopodobnienie” przez zamawiającego złożenia nieprawdziwych informacji.* Tym samym, zamawiający chcąc wykluczyć z tego powodu wykonawcę, musi mieć pewność co tego, że nastąpiło złożenie nieprawdziwych informacji, a ich złożenie było wynikiem celowego i zamierzonego działania wykonawcy i ponadto te informacje mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Obowiązuje tutaj również zasada, że powstałe wątpliwości, niedające się usunąć w drodze czynności dowodowych należy rozstrzygać na korzyść zainteresowanego, czyli w tym wypadku – wykonawcy. W tym zakresie należy również nawiązać do wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19.07.2012r. sygn. akt IV Ca 63/12 w którym stwierdzono jednoznacznie iż *przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp ma zastosowanie tylko w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu do uzyskania zamówienia publicznego. Jednocześnie zamawiający powinien uzyskać pewność, że złożenie nieprawdziwych informacji nie było skutkiem omyłki.*

Dlatego też za niezasadne należałoby uznać wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z powodu braku po jego stronie należytej staranności przy przygotowaniu oferty, albo błędnego zinterpretowania przepisów prawa i praktyki orzeczniczej.

Ponadto za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r. (sygn. akt: XXIII Ga 416/11) stwierdzić należy, zakładanie iż każda nieprawdziwa informacja podana w toku postępowania, niezależnie od jej wagi, ma wpływ na wynik postępowania jest bezpodstawne, gdyż „w świetle art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp przyjęcie domniemania faktycznego, iż wszelkie informacje składane są przez wykonawcę w celu uzyskania zamówienia są informacjami, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania, jest w ogóle niedopuszczalne”.

Izba dokonując oceny znajdujących się w dokumentacji postępowania umowy zlecenia z dnia 28.07.2010 r. oraz aneksu z dnia 25.05.2012 r. dokumentujących wykonanie robót którymi pierwotnie wykonawca HAWE wykazywał spełnienie warunku udziału w postępowaniu stwierdza, iż w oparciu o analizę tych dokumentów brak jest podstaw do stwierdzenia iż zawierają one nieprawdziwe informacje. Inną kwestią jest to, czy przy pomocy wskazanych tam robót wykonawca HAWE miał możliwość wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Jednakże należy jednoznacznie stwierdzić, że „nieprawdziwość” odnosząca się do niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu - art. 24 ust. 2 pkt 4, nie może być utożsamiana z nieprawdziwymi informacjami o których mowa w art. 24 ust.2 pkt 3 Pzp.

Trudności interpretacyjne oceny takiej sytuacji, sprawia wykonawcom fakt, że każdy dokument oraz oświadczenie składane wraz z ofertą jest składane w celu uzyskania przez wykonawcę zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu fakt wykonywania ww. robót nie jest kwestionowany przez odwołującego, a kwestionuje tylko możliwość uznania ich za dwie oddzielne roboty. Tak więc złożona informacja co do wykonania robót przez HAWE jest informacją prawdziwą, natomiast być może dokumenty te nie potwierdzają spełnienia postawionego w SIWZ warunku legitymowania się określoną wiedzą i doświadczeniem.

Odnosząc się do kwestionowanej przez odwołującego możliwości wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień lub do uzupełnienia dokumentów Izba stwierdza, że zamawiający w tym zakresie nie naruszył tego przepisu ustawy. W uzasadnieniu stanowiska Izby stwierdzić należy, że zgodnie z art 26 ust. 3 ustawy Pzp: *zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, (...).*

Uzupełnianiu w tym trybie podlegają wyłącznie tzw. dokumenty podmiotowe, potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tym samym dotyczy to tylko dokumentów niezbędnych do potwierdzenia spełniania warunków minimalnych, których niepotwierdzenie skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Dlatego też zamawiający, po uwzględnieniu zarzutów odwołania z dnia 7 grudnia 2012 roku i unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty, celem upewnienia się czy wykonawca spełnia postawione warunki, a tym samym czy nie podlega wykluczeniu był nie tylko uprawniony ale i zobowiązany do zastosowania instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, która dotychczas do wykonawcy HAWE nie była stosowana.

W rozpatrywanych okolicznościach sprawy procedura wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń miała charakter obligatoryjny i zamawiający nie mógł od niej odstąpić. W przypadku stwierdzenia, że złożone wraz z ofertą dokumenty i oświadczenia nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu, to zamawiający aby mógł wykluczyć wykonawcę z postępowania winien najpierw uczynić zadość wszystkim obowiązkom nałożonym na niego przez ustawodawcę, tj. obowiązkom wynikającym z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Również zarzut odwołującego iż w sytuacji złożenia nieprawdziwych informacji nie jest możliwe ich zastąpienie informacjami prawdziwymi, a tym samym wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów, zdaniem Izby nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż po pierwsze – Izba nie stwierdziła złożenia przez HAWE nieprawdziwych informacji, a po drugie nie zawsze złożenie dokumentów lub oświadczeń zawierających nieprawdziwe informacje uniemożliwia zastąpienie ich innymi dokumentami. W tym zakresie wskazać należy, że z treści przepisu artykułu 26 ust.3 Pzp, nie wynika, aby ustawodawca nie dopuścił poprawiania złożonych dokumentów w zakresie treści oferty, pomimo iż mogły one przekazywać informacje niezgodne z rzeczywistością. Aby można było nie dopuścić do uzupełnienia dokumentów nieprawdziwych, to zdaniem Izby, zamawiający najpierw musi w sposób nie budzący wątpliwości wykazać, za pomocą środków

dowodowych jakie daje ustawa Pzp., iż złożenie ich odbyło się w sytuacji kiedy wykonawca wiedział iż są nieprawdziwe, a mimo to złożył ich z zamiarem uzyskania danego zamówienia.

Wobec powyższych ustaleń Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp w zakresie powyższego zarzutu.

Oдноśnie kolejnego zarzutu odwołania dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust 4 z powodu zaniechania uznania oferty wykonawcy HAWE za odrzuconą, zdaniem Izby stwierdzić należy, że w okolicznościach niniejszej sprawy brak było podstaw do postawienia takiego zarzutu.

Wskazać należy, że prawo zamówień publicznych dokładnie określa przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, odrzucenia jego oferty oraz uznania oferty za odrzuconą. Dla zaistnienia przesłanki wykluczenia wykonawcy niezbędne jest stwierdzenie, że wykonawca nie spełnia wymogów podmiotowych dotyczących możliwości brania udziału w zamówieniu. Zaś odrzucenie oferty spowodowane jest jej wadami formalnymi (przedmiotowymi) i odnosi się jedynie do treści oferty, nie zaś do właściwości wykonawców. Natomiast uznanie oferty za odrzuconą następuje z mocy prawa (ex lege) i jest konsekwencją wcześniejszego wykluczenia wykonawcy. Dlatego też możliwość postawienia takiego zarzutu byłaby zasadna gdyby zamawiający pomimo wykluczenia wykonawcy z postępowania, dokonał oceny i kwalifikacji złożonej przez niego oferty, co w tym postępowaniu nie miało miejsca.

Tym samym wobec niezastnienia podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania nie było możliwe stwierdzenie o uznaniu złożonej oferty, za odrzuconą.

W zakresie kolejnego zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1-3 PZP w zw. z art. 96 ust. 3 PZP oraz 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów i oświadczeń, złożonych przez HAWE w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, odwołujący podniósł iż zasada jawności postępowania wyrażona w art. 8 ust. 1 Pzp jest jedną z fundamentalnych zasad rządzących systemem zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 8 ust. 2 Pzp zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem jedynie w przypadkach określonych w ustawie. Stwierdził iż dokonane przez przystępującego zastrzeżenia treści uzupełnionych na wezwanie zamawiającego, dokumentów co do danych identyfikacyjnych podmiotów które miały udostępnić mu zasobów w trybie art. 26 ust. 2b Pzp oraz zastrzeżenie dokumentów i oświadczeń dotyczących kierownika budowy dokonane przez HAWE należy ocenić jako nieuzasadnione, nieskuteczne i czynione wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu przez tego wykonawcę. Ponadto zarzucił, że wykonawca HAWE nie wykazał w dostateczny sposób. by zastrzeżone przez niego informacje (oświadczenia i dokumenty) stanowić mogły tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba odnosząc się do tego zarzutu w skazuje, że przepis art. 8 ust. 1 p.z.p. nadał jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rangę zasady. Wyjątek stanowi art. 8 ust. 3, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że 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. Odwołujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa dokumenty dotyczące danych podmiotów- firm, udostępniających mu zasoby w trybie art. 26 ust. 2b pzp, a także dane dotyczące osoby wskazanej na funkcje kierownika robót budowlanych, wraz z innymi dokumentami niezbędnymi do wykazania prawidłowości udostępnienia zasobów oraz uaktualnionego wykazu osób.

Niewątpliwy w sprawie, wg, ustaleń Izby jest fakt, że odwołujący dokonał niezbędnych czynności w celu zachowania ich poufności, tak aby dane tych ww. osób i firm nie były poznawalne dla osób trzecich. Niewątpliwy jest także fakt, że zamawiający wystąpił w tej sprawie do odwołującego o wykazanie zasadności utajnienia tych dokumentów, a odwołujący w sposób szczegółowy i zadaniem Izby zasadny, wykazał potrzebę uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa ww. informacji.

Odnosząc się do oceny stanu faktycznego sprawy oraz argumentów odwołującego i zamawiającego co do zasadności utajnienia tych informacji przed dostępem do wiadomości publicznej stwierdzić należy, że w zakresie nieujawnienia danych osoby wskazanej na stanowisko Kierownika budowy, podzielić należy pogląd zarówno przystępującego jak i zamawiającego, iż informacje o konkretnych osobach mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Powszechnie wiadomym jest, że wykonanie specjalistycznych robót wymaga określonej wiedzy, którą dysponują osoby posiadające odpowiednie wykształcenie i doświadczenie umożliwiające wykonanie takiej pracy, a także legitymują się określonymi uprawnieniami. Informacja o tych osobach ma określoną wartość gospodarczą - ich ujawnienie zagrozić może interesom majątkowym wykonawcy, z uwagi chociażby na możliwość podejmowania przez podmioty konkurencyjne działań, zmierzających do przejęcia takich osób dla drugiego wykonawcy. Nadmienić należy iż sam odwołujący na rozprawie, stwierdził, że jest niewiele osób posiadających uprawnienia niezbędne dla wykonywania w tym postępowaniu funkcję kierownika budowy. Ma to potwierdzać również fakt, że na przedmiotowe postępowanie oferty złożyło tylko dwóch wykonawców, być może z braku możliwości skompletowania osób zdolnych do wykonania zamówienia. Analogiczne

uzasadnienie wykazał przystępujący co do firm które udostępniły mu zasoby dla wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. Stwierdził iż wg jego wiedzy na rynku polskim jest niewiele firm, które mogą legitymować się wymaganym przez zamawiającego doświadczeniem. Dlatego też wg. niego zasadne tym etapie postępowania było objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa również danych identyfikacyjnych tych firm, gdyż w razie ich udostępnienia inne firmy mogłyby również ubiegać się o udzielenie im zasobów.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała za zasadne zastrzeżenie informacji co do podmiotów udostępniających swoje zasoby jak i dane osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy jak i dokumentów z tym związanych. Zasadność zastrzeżenia poufności również w zakresie wszystkich dokumentów z tym związanych wynika z faktu ich wzajemnego powiązania, gdyż np. utajnienie nazwy podmiotu trzeciego używającego przystępującemu wiedzę i doświadczenie powoduje konieczność utajnienia odpisu z KRS tego podmiotu z którego wynika jego nazwa czy treści zobowiązania do udzielenia zasobu. Zdaniem Izby ujawnienie nawet części dokumentów o które wnosił odwołujący, mogłoby stanowić podstawę do skutecznej dedukcji przez podmioty trzecie na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa oraz poszczególnych zastrzeżonych elementów oferty.

Tym samym podniesiony zarzut odwołującego w tym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie.

Również biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izby brak jest podstaw do stwierdzenia iż zamawiający wybierając ofertę wykonawcy HAWE dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba pomimo wydania orzeczenia korzystnego dla zamawiającego- oddaleniu odwołania, postanowiła nadto odnieść się do stanowiska pełnomocnika zamawiającego zaprezentowanego w złożonej na piśmie odpowiedzi na odwołanie.

W zakresie argumentacji niezasadności zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 186 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie wykonania czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu wniesionym przez ELTEL Networks S.A. w dniu 7 grudnia 2012 r., pełnomocnik stwierdził iż zarzut jest niezasadny gdyż „*Zamawiający zobowiązał się jedynie do unieważnienia dotychczasowej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz do powtórzenia oceny i badania ofert*” co nie upoważnia do przyjęcia obowiązku wykonania uwzględnienia zarzutów zgodnie z żądaniem odwołującego. Takie stanowisko według Izby nie ma uzasadnienia prawnego. W zdaniu pierwszym art. 186 ust.2 jest mowa o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania, która to czynność jest pozostawiona wyłącznej woli zamawiającego. Natomiast w zdaniu drugim ustawodawca nakłada na zamawiającego obowiązek ustawowy, będący skutkiem uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, który on z mocy tego przepisu zobowiązany jest wykonać „ *W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia*

zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu”. Tym samym prezentowane stanowisko iż samo uwzględnienie przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania, bez zobowiązania wykonania tego uwzględnienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu nie zobowiązuje go co do żądań, jest pozbawione podstawy prawnej. Powyższy przepis w zdaniu drugim nie stanowi przepisu dyspozytywnego, uzależniającego jego stosowanie od woli strony postępowania.

Również pogląd zaprezentowany przez pełnomocnika w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1-3 PZP w zw. z art. 96 ust. 3 PZP oraz 11 ust. 4 ustawy z dnia z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, *„iż rozpatrywanie przedmiotowego zarzutu przez Izbę jest całkowicie bezcelowe, albowiem nawet gdyby stwierdzono jego zasadność, to tak nie mogłoby to stanowić zdaniem Zamawiającego podstawy do ewentualnego uwzględnienia odwołania. Kwestia oceny dopuszczalności bądź niedopuszczalności zastrzeżenia przez HAWE Budownictwo Sp. z o.o. poufności określonych dokumentów jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie miała oraz nie mogła i nie może mieć jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania”*, nie jest zasadny.

Ustanowiona w art. 8 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Pzp zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, obok zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest jedną z naczelnych zasad tego postępowania.

W orzecznictwie zarówno sądów jak i KIO przesądzone, że wadliwość czynności zamawiającego w postaci utajnienia dokumentów - czego w tym postępowaniu Izba nie stwierdziła, może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania, bowiem stwierdzenie powyższego otwiera wykonawcom drogę do weryfikacji dotychczas utajnionych dokumentów, a przez to może doprowadzić do zmiany wyniku postępowania.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – miało miejsce w analizowanej sprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp, Izba nie zasądziła zwrotu kosztów pełnomocnikowi zamawiającego gdyż ze złożonej faktury w żaden sposób nie można było wywieść iż opisana usługa- „pomoc prawna” miała związek z przedmiotowym postępowaniem. Izba nie zasądziła również zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego, gdyż zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 nw. Rozporządzenia, Izba zasądza stosownie do wyniku postępowania, zwrot kosztu wynagrodzenia pełnomocnika strony, a nie uczestnika postępowania - przystępującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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

Członkowie:

.....