

WYROK

Warszawa, dnia 1 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska
Maria Kacprzyk
Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lutego 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WARBUD SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie, PRZEDSIĘBIORSTWO PRODUKCYJNO HANDLOWO USŁUGOWE TEL-POŻ-SYSTEM "ISKA" z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego SZPITAL WOJEWÓDZKI W POZNANIU

przy udziale uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego MOSTOSTAL WARSZAWA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 1 w *petitum* odwołania wobec uwzględnienia zarzutu przez Zamawiającego
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 3 i nr 5 w *petitum* odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wezwanie wykonawcy MOSTOSTAL WARSZAWA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie do uzupełnienia zobowiązania do udostępnienia zasobów udzielonego przez podmiot trzeci ACCIONA CONSTRUCCIÓN SA z siedzibą w Madrycie; odtajnienie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę MOSTOSTAL WARSZAWA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie z dnia 29 stycznia 2024 r. oraz wykazu osób
3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie
4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WARBUD SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie, PRZEDSIĘBIORSTWO PRODUKCYJNO HANDLOWO USŁUGOWE TEL-POŻ-

SYSTEM "ISKA" z siedzibą w Poznaniu w części 1/2 oraz zamawiającego SZPITAL WOJEWÓDZKI W POZNANIU w części 1/2 i:

- 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawców oraz Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika
- 4.2. zasądza od zamawiającego SZPITAL WOJEWÓDZKI W POZNANIU na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WARBUD SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie, PRZEDSIĘBIORSTWO PRODUKCYJNO HANDLOWO USŁUGOWE TEL-POŻ-SYSTEM "ISKA" z siedzibą w Poznaniu kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą 1/2 sumy kosztów poniesionych przez ww. wykonawców tytułem wpisu od odwołania
- 4.3. znosi wzajemnie między Stronami koszty poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

.....

.....

UZASADNIENIE:

Zamawiający – SZPITAL WOJEWÓDZKI W POZNANIU prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa Centrum Medycyny Ratunkowej, Wielkopolskiego Centrum Lecznictwa Ambulatoryjnego i Rehabilitacyjnego wraz z obszarem przyjęć planowych oraz zapleczem socjalnym, magazynowym, technicznym i archiwalnym w filii nr 1 Szpitala Wojewódzkiego w Poznaniu”, nr referencyjny: SZW/DZP/129/2023.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest równa lub wyższa od progów unijnych określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 listopada 2023 r. pod numerem: 00690776-2023.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia WARBUD SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie, PRZEDSIĘBIORSTWO PRODUKCYJNO HANDLOWO USŁUGOWE TEL-POŻ-SYSTEM "ISKA" z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Odwołujący”) w dniu 12 lutego 2024 r. wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. art. 128 ust. 1 Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp poprzez zaniechanie wezwania Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie dalej „Mostostal” do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania o których mowa w SWZ w pkt 8.1. 2) i 3) oraz dokonanie wyboru oferty Mostostal jako najkorzystniejszej, pomimo braku wykazania, że podmiot trzeci Acciona Construcción SA z siedzibą w Madrycie, na zasobach którego Wykonawca polega w zakresie zdolności technicznej i zawodowej tj. wiedzy i doświadczenia nie podlega wykluczeniu na podstawie:
 - a) art. 5k Rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczące środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie zmienionego w brzmieniu nadanym Rozporządzeniem Rady (UE) 2022/576 z dnia 8 kwietnia 2022 r. w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (dalej: „Rozporządzenie”);

- b) art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (tj. z dnia 16 czerwca 2023 r., Dz.U. z 2023 r. poz. 1497 z późn. zm., dalej: „ustawa o szczególnych rozwiązaniach”).
2. art. 128 ust. 1 i 4 Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) Pzp poprzez zaniechanie wezwania Mostostal do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów podmiotowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w SWZ w pkt 9.2. 1) pkt 1 w tabeli, w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, tj. w zakresie doświadczenia Wykonawcy, pomimo, iż treść dokumentów budzi wątpliwości, co do faktycznej daty zakończenia robót budowlanych wskazanych na potwierdzenie spełniania warunku w ramach inwestycji pod nazwą: „Budowa Nowego Kompleksu Opieki Zdrowotnej Can Misses”, co powoduje, iż inwestycja ta nie potwierdza spełniania warunku postawionego przez Zamawiającego,
3. art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 118 ust. 2, 3 i 4 Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) Pzp i w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów podmiotowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, tj. zobowiązania do udostępnienia zasobów udzielonego przez podmiot trzeci Acciona Construcción SA z siedzibą w Madrycie pomimo, iż złożone wraz z ofertą zobowiązanie nie ma charakteru realnego oraz nie potwierdza, iż podmiot udostępniający zasoby rzeczywiście wykona roboty, co do których udostępnił Wykonawcy wiedzę i doświadczenie w zakresie warunku, o którym mowa w SWZ w pkt 9.2. 1) pkt 1 w tabeli;
4. art. 128 ust. 1 Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) Pzp i w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów podmiotowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, o których mowa w SWZ w pkt 9.2. 1) pkt 2 w tabeli dotyczących osób, które będą realizować zamówienie, tj. dokumentów potwierdzających posiadane uprawnienia, certyfikaty i szkolenia;
5. art. 18 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w zw. z art. 74 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia dokumentów bezzasadnie zastrzeżonych przez Mostostal jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. Wykazu osób oraz wyjaśnień składanych na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 stycznia 2024r. mimo że zastrzeżone przez Mostostal informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a także Wykonawca ten nie przedstawił wyjaśnienia ani dowodów, które uzasadniałyby takie zastrzeżenie;

ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę żądania udostępnienia Odwołującemu Wykazu osób bezzasadnie utajnionego jako tajemnica przedsiębiorstwa:

art. 128 ust. 1 Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp i w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów podmiotowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, dotyczących osób, które będą realizować zamówienie, tj. w odniesieniu do osoby lub osób które będą brały udział w realizacji zamówienia (z uwagi na charakter zaplanowanych prac polegających na modernizacji zainstalowanych już systemów teletechnicznych), posiadającym/mi odpowiednie certyfikaty, wiedzę i doświadczenie w zakresie instalacji, obsługi i uruchamianiu poniższych systemów:

- a) System sygnalizacji pożarowej (centrale pożarowe POLON 6000 zainstalowane w obszarze Szpitala) — wymagane ważne świadectwo ukończenia, przez co najmniej 1 pracownika realizującego przedmiot zamówienia, szkolenia „Rozproszonego Systemu Sygnalizacji Pożarowej POLON 6000”;
- b) System dźwiękowego systemu ostrzegawczego (Ambient Multives zainstalowanego w obszarze Szpitala) — wymagane ważne świadectwo ukończenia, przez co najmniej 1 pracownika realizującego przedmiot zamówienia, szkolenia „instalowania/ programowania/ uruchamiania/ konserwacji dźwiękowego systemu ostrzegawczego MULTIVES”;
- c) System liniowej czujki ciepła zainstalowanego w obszarze Szpitala — wymagany ważny certyfikat CIS — „Certyfikowany Integrator Systemu LIST” lub równoważny w zakresie tej funkcji wydany na pracownika Wykonawcy realizującego przedmiot zamówienia

tj. zaniechanie wezwania do uzupełnienia Wykazu osób o wskazanie osób posiadających ww. certyfikaty i będących jednocześnie pracownikami Wykonawcy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu
3. Wezwanie Wykonawcy Mostostal do uzupełnienia dokumentów podmiotowych potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania i spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj.
 - i. Oświadczenia Acciona Construcción SA z siedzibą w Madrycie o niepodleganiu wykluczeniu na podstawie: art. 5k Rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczące środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie zmienionego w brzmieniu nadanym Rozporządzeniem Rady (UE) 2022/576 z dnia 8 kwietnia 2022 r. w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (dalej:

- „Rozporządzenie”); oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (tj. z dnia 16 czerwca 2023 r., Dz.U. z 2023 r. poz. 1497 z późn. zm., dalej: „ustawa o szczególnych rozwiązaniach”);
- ii. Dokumentów potwierdzających spełnienie warunku zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia Wykonawcy, o którym mowa w SWZ w pkt 9.2. 1) pkt 1 w tabeli, tj. wskazanie drugiej inwestycji potwierdzającej spełnienie warunku udziału w postępowaniu;
 - iii. Zobowiązania do udostępnienia zasobów udzielonego przez podmiot trzeci Acciona Construcción SA z siedzibą w Madrycie;
 - iv. dokumentów podmiotowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, o których mowa w SWZ w pkt 9.2. 1) pkt 2 w tabeli dotyczących osób, które będą realizować zamówienie, tj. dokumentów potwierdzających posiadane przez te osoby uprawnienia, certyfikaty i szkolenia;
4. Udostępnienie Odwołującemu Wykazu osób, a także korespondencji z Zamawiającym bezzasadnie utajnionych jako tajemnica przedsiębiorstwa, **ewentualnie** w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę żądania udostępnienia Odwołującemu Wykazu osób bezzasadnie utajnionego jako tajemnica przedsiębiorstwa:
- Wezwanie Wykonawcy Mostostal do uzupełnienia dokumentów podmiotowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. Wykazu osób o osobę lub osoby będące pracownikami Wykonawcy i posiadające odpowiednie certyfikaty, wiedzę i doświadczenie w zakresie instalacji, obsługi i uruchamianiu poniższych systemów:
- a) System sygnalizacji pożarowej (centrale pożarowe POLON 6000 zainstalowane w obszarze Szpitala) — wymagane ważne świadectwo ukończenia, przez co najmniej 1 pracownika realizującego przedmiot zamówienia, szkolenia „Rozproszonego Systemu Sygnalizacji Pożarowej POLON 6000”;
 - b) System dźwiękowego systemu ostrzegawczego (Ambient Multives zainstalowanego w obszarze Szpitala) — wymagane ważne świadectwo ukończenia, przez co najmniej 1 pracownika realizującego przedmiot zamówienia, szkolenia „instalowania/ programowania/ uruchamiania/ konserwacji dźwiękowego systemu ostrzegawczego MULTIVES”;
 - c) System liniowej czujki ciepła zainstalowanego w obszarze Szpitala — wymagany ważny certyfikat CIS — „Certyfikowany Integrator Systemu LIST” lub równoważny

w zakresie tej funkcji wydany na pracownika Wykonawcy realizującego przedmiot zamówienia;

5. Dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem zarzutów odwołania.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żąda Odwołujący wskazał:

Zarzut nr 1

Odwołujący przytoczył treść pkt 8.1 2) i 3) SWZ oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający nie ma możliwości zrezygnowania z badania wykonawców oraz podmiotów udostępniających zasoby pod kątem występowania w odniesieniu do nich przesłanek określonych we wskazanych wyżej przepisach.

Pomimo, iż w pkt 11.3 SWZ, Zamawiający przewidział, iż „Zamawiający oceni, czy udostępniane Wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a także zbada, czy nie zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem Wykonawcy w pkt. 8 niniejszej SWZ.” Zamawiający nie zbadał czy takie przesłanki nie zachodzą w stosunku do podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie Wykonawcy Mostostal tj. Acciona Construcción SA i nie wezwał Wykonawcy Mostostal do uzupełnienia oświadczeń złożonych przez podmiot udostępniający zasoby w zakresie obligatoryjnych podstaw wykluczenia określonych w art. 5k Rozporządzenia oraz art. 7 ust. 1 ustawy o szczególnych rozwiązaniach.

Zarzut nr 2

Odwołujący przytoczył brzmienie warunku udziału w postępowaniu ustalone w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia wymaganego od wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że termin składania ofert upłynął dnia 29 grudnia 2023r. zatem ośmioletni okres, w którym wykonawca miał wykazać się posiadanym doświadczeniem obejmował roboty ukończone najpóźniej do dnia 29 grudnia 2015.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku Mostostal wskazał doświadczenie udostępnione przez podmiot trzeci, tj. Acciona Construcción SA z siedzibą w Madrycie. W ramach ww. doświadczenia została wskazana inwestycja pod nazwą „Budowa Nowego Kompleksu Opieki Zdrowotnej Can Misses” dla Gran Hospital Can Misses, Carrer de Corona, s/n, 07800 Eivissa, Illes Balears, Hiszpania. Jako daty wykonania robot, Mostostal wskazał w wykazie: 15.04.2010 - 20.01.2016.

Z treści dokumentu załączonego na potwierdzenie należytego wykonania robót wynika, iż roboty budowlane zostały wykonane w latach: 2010-2013. Załączony dokument przedstawia szczegółową charakterystykę wykonanych robót i jednoznacznie wynika z

niego, iż roboty budowlane obejmujące zakresy konieczne do spełnienia warunku udziału w postępowaniu zostały wykonane w latach 2010 — 2013. W szczególności należy zwrócić uwagę, iż w 2013r. zostały wykonane roboty wykończeniowe, takie jak: „podłogi, układania posadzek i kafelków”, stolarka drewniana, czy „stolarka meblowa” itp. świadczące o końcowej fazie inwestycji.

W dokumencie znajduje się również informacja, iż początkowy termin wykonania kontraktu wynosił 28 miesięcy (licząc od daty zawarcia kontraktu 12 kwietnia 2010r. oznacza to, że kontrakt miał być ukończony do 12 sierpnia 2012 roku). Tym bardziej wątpliwości budzi wskazany w dokumencie termin jego zakończenia jako styczeń 2016r. czyli okres ponad dwukrotnie dłuższy.

Niezależnie od powyższego, z dokumentu wynika, że oprócz wyspecyfikowanych szczegółowo robót budowlanych projekt obejmował również „inne roboty”, które zakończone zostały w styczniu 2016r. Jednak w odniesieniu do tych robót dokument, w przeciwieństwie do szczegółowo wyspecyfikowanych w latach 2010-2013 robót budowlanych obejmujących budowę szpitala i ośrodka zdrowia, nie wskazuje, jakiego rodzaju to były prace. Biorąc pod uwagę, iż roboty budowlane (w tym również roboty wykończeniowe) związane z budową szpitala i ośrodka zdrowie zostały zakończone w 2013r. oraz mając na uwadze wskazaną w dokumencie wartość „innych prac” w roku 2016 — tj. kwotę 12.768,52 euro, trudno uznać, iż były to roboty budowlane o których mowa w treści warunku.

Odwołujący zwrócił uwagę, że z informacji zawartej na oficjalnej stronie Acciona Construcción SA wynika wprost, że realizacja tej inwestycji została zakończona w roku 2013.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, zdaniem Odwołującego Zamawiający winien był wezwać Wykonawcę, na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 Pzp, do wyjaśnienia rozbieżności w datach, a następnie do uzupełnienia doświadczenia o inwestycję spełniającą postawiony warunek udziału w postępowaniu.

Zarzut nr 3

Odwołujący wskazał, że w zakresie warunku doświadczenia Mostostal w całości powołał się na doświadczenie udostępnione przez podmiot trzeci, tj. Acciona Construcción SA.

Odwołujący przytoczył treść art. 118 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę, że do oferty zostało załączone zobowiązanie do udostępnienia zasobów, w którym Acciona oświadczyła jedynie, iż będzie brała udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy, nie wskazując nawet minimalnego zakresu robót, które zobowiązuje się wykonać. Zobowiązanie to nie niesie zatem za sobą żadnej wartości i ma charakter blankietowy.

W ocenie Odwołującego zobowiązanie nie spełnia również wymagań określonych w art. 118 ust. 4 Pzp, nie wskazuje bowiem ani sposobu wykorzystania zasobów przez

wykonawcę, ani w szczególności zakresu w jakim podmiot udostępniający zasoby zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą. Tym samym, uznać należy iż zobowiązanie, ze względu na swój enigmatyczny charakter, w ogóle nie wskazuje do czego faktycznie zobowiązał się podmiot udostępniający zasoby.

Oświadczenie podmiotu trzeciego w żadnym razie nie daje Zamawiającemu podstaw do przyjęcia, że Acciona rzeczywiście wykona roboty budowlane do których wykonania niezbędne jest posiadanie doświadczenia określonego w warunkach udziału w postępowaniu. Udział w charakterze podwykonawcy, o którym mowa w zobowiązaniu, może ograniczać się bowiem do niewielkiego zakresu robót zupełnie niezwiązanego z wymaganym doświadczeniem.

Odwołujący przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 711/19 oraz z dnia 22 marca 2022 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 650/22. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie miał podstaw, aby przyjąć, iż udostępnienie ma charakter realny, a podmiot trzeci rzeczywiście wykona roboty co najmniej obejmujące postawiony warunek udziału w postępowaniu.

Zarzut nr 4

Zgodnie z informacją zawartą pod tabelą we wzorze Wykazu osób, Zamawiający wymagał załączenia do Wykazu osób uprawnień posiadanych przez osoby wskazane w Wykazie. Jak wynika z wezwania skierowanego przez Zamawiającego do Wykonawcy Mostostal (pismo z dnia 24 stycznia 2024r.) Mostostal nie załączył wymaganych uprawnień i certyfikatów do Wykazu osób.

Z korespondencji tej wynika również, iż Zamawiający nie wezwał Wykonawcy Mostostal do uzupełniania brakujących dokumentów, a jedynie do wyjaśnień poprzez wskazanie „podmiotów, które wydały certyfikaty/wykonały szkolenia tj. POLON 600 nr 093R, MULTIVES z dnia 2 marca 2023r., certyfikat CIS z dnia 20 grudnia 2023r.” oraz stwierdził, że pozostałe dane zweryfikował przez platformę e-crub.

Zdaniem Odwołującego takie działanie Zamawiającego narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Skoro bowiem Zamawiający stawia konkretne wymaganie w SWZ (załączenia dokumentów potwierdzających posiadanie uprawnień) to na etapie oceny ofert, nie może od tego wymagania odstąpić.

Zarzut nr 5

Mostostal zastrzegł w całości Wykaz osób złożony w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wyjaśnienia składane na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 stycznia 2024r. Takie działanie ma na celu uniemożliwienie dokonania weryfikacji ww. wykazu przez pozostałych wykonawców, a w konsekwencji spełniania warunków udziału w postępowaniu może powodować naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Odwołujący przytoczył orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

W ocenie Odwołującego jedynym celem zastrzeżenia Wykazu osób przez wykonawcę Mostostal jest uniemożliwienie innym wykonawcom, w tym Odwołującemu, zweryfikowania czy rzeczywiście wskazane w Wykazie osoby spełniają warunki udziału w postępowaniu.

Zastrzeżenie całości dokumentów.

Nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności całości dokumentów jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, a w konsekwencji weryfikacji działań Zamawiającego polegających na ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Mostostal, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie zostało dokonane bezzasadnie i w sposób niezgodny z wymaganiami, a zatem Wykaz osób powinien zostać odtajniony w celu m.in. umożliwienia Odwołującemu jego weryfikacji i ewentualnie skorzystania ze środków ochrony prawnej - jeżeli znajdą ku temu podstawy.

Brak waloru tajemnicy przedsiębiorstwa.

Niezależnie od powyższego, sam fakt wskazania, że wykonawca wraz z Wykazem zastrzegł, że nie może on być udostępniony — nie oznacza, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i automatycznie są objęte poufnością. Art. 18 ust. 3 PZP nakazuje wykonawcy wykazać, że faktycznie zastrzegane informacje stanowią tajemnicę, co nie może sprowadzać się do ogólnego oświadczenia, złożenia ogólnikowych wyjaśnień czy wyjaśnień niepopartych dowodami.

Zdaniem Odwołującego, żaden z ogólnych argumentów przywoływanych w uzasadnieniu utajnienia nie daje podstaw do stwierdzenia, iż ziszczyły się przesłanki określone w przepisie art. 11 ust. 2 uznk, umożliwiające zachowanie tych informacji w poufności.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, w związku z tym, przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle.

Odwołujący przytoczył treść z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego zastrzeżenie przez Mostostal Wykazu osób jest bezpodstawne, gdyż Wykonawca ten, w złożonym wraz z Wykazem osób uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nie wykazał, ziszczenia się wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk.

Wyjaśnienia tajemnicy złożone przez Mostostal mają charakter blankietowy i w żaden sposób nie potwierdzają zasadności poczynionego utajnienia.

Jedyny fragment wyjaśnień, który odnosi się do zastrzeżonych konkretnych informacji zaczyna się od słów: „*Odnosząc się konkretnie do informacji zawartych w zastrzeżonym jako tajemnica wykazie...*” Mostostal wskazał w nim następujące okoliczności:

- a) *przedmiot zamówienia ma charakter specyficzny,*
- b) *w postępowaniu istnieje konieczność wykazania się dysponowaniem kadrą o wieloletnim (co najmniej 8-letnim) doświadczeniu zarówno w zakresie pełnienia kierowniczych funkcji budowlanych w zakresie kierowania budową, robotami sanitarnymi czy robotami elektrycznymi, elektroenergetycznymi i teletechnicznymi, które zrealizowały tego rodzaju obiekty (budynki szpitala/budynki szpitalne, klasa 1264 wg PKOB), jak też osobami, które ze względu na charakter zaplanowanych prac polegających na modernizacji zainstalowanych już systemów teletechnicznych — muszą posiadać ściśle określone certyfikaty, świadectwa potwierdzające wymaganą tu wiedzę i doświadczenie w zakresie instalacji, obsługi i uruchamiania systemów 1/ sygnalizacji pożarowej, 2/ dźwiękowego systemu ostrzegawczego, 3/liniowej czujki ciepła zainstalowanego w obrębie szpitala.*
- c) *Doświadczenie tych osób ma niezwykle istotny wpływ na możliwość udziału w postępowaniu. Osób z tak bogatym doświadczeniem jest w Polsce niewiele, co tym bardziej uzasadnia słuszność ochrony informacji na ich temat i dokonanego zastrzeżenia.*
- d) *informacje na temat osób będących w dyspozycji Wykonawcy przedstawiają szczególną wartość gospodarczą dla Wykonawcy, ale i każdej innej osoby działającej na tym samym rynku.*
- e) *ewentualne działania zmierzające do nieuprawnionego przejęcia lub podkupienia przez konkurencyjnych wykonawców osób zaangażowanych przez Wykonawcę mogą utrudnić lub uniemożliwić realizację zamówienia przez Wykonawcę, a w konsekwencji także podważyć pozycję Wykonawcy na rynku w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia, w tym także w przypadku np. unieważnienia obecnego przetargu i powtórzenia go w przyszłości.*

Przywołane uzasadnienie może odnosić się do warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału osobowego Wykonawcy w dowolnym postępowaniu, w którym takie warunki są stawiane. Przyjęcie wskazanego uzasadnienia za wystarczające do zastrzeżenia informacji składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jako tajemnicy przedsiębiorstwa podważa sens wyrażonej w art. 18 Pzp zasady jawności postępowania.

Jak wynika z przywołanego uzasadnienia zastrzeżone informacje mają charakter jednorazowy i tymczasowy — dotyczą bowiem wyłącznie fazy ubiegania się o zamówienie publiczne. Po uzyskaniu zamówienia przez Mostostal informacje dotyczące osób pełniących kierownicze funkcje w budownictwie na przedmiotowej inwestycji staną się z jawne. Już chociaż ze względu na tę okoliczność, nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, bowiem nie mają charakteru stałego.

Odwołujący przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lutego 2022r. w sprawie o sygn. akt KIO 29/22 oraz z dnia 8 lipca 2021r. w sprawie o sygn. akt KIO 1602/21, KIO 1605/21.

Ponadto, Mostostal upatruje konieczność utajnienia Wykazu osób ze względu na możliwość „podbierania” poszczególnych osób przez konkurencyjnych wykonawców. Jednak ten argument był również jest wskazywany w orzecznictwie jako niewystarczający do zastrzeżenia tajności informacji. Odwołujący przytoczył orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Zamawiający powinien bardzo dokładnie przeanalizować skuteczność zastrzeżenia oraz tego czy wykonawca wykazał w świetle art. 11 ust. 2 uznk zasadność utajnienia. Truizmem jest stwierdzenie, że zasadą jest jawność postępowania, zaś zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów stanowiących dokumentację postępowania - jest wyjątkiem od tej zasady. Należy w tym zakresie stosować zasadę *exceptiones non sunt extendendae* - czyli zasadę zakazu wykładni rozszerzającej wyjątków. Każde odejście od zasady jawności postępowań o udzielenie zamówienia powinno być traktowane bardzo wąsko, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność informacji szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełniania przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa.

Już pierwsza z przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk nie materializuje się w stosunku do informacji zawartych wyjaśnieniach Mostostal — wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą.

W świetle normy prawnej art. 11 ust. 2 uznk konieczne jest wykazanie, że zastrzegana informacja posiada wartość gospodarczą. Nie wystarcza samo lakoniczne stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wykonawca Mostostal nie podał wartości gospodarczej.

Konieczność wykazania wartości gospodarczej jest już od dawna wskazywana zarówno przez Krajową Izbę Odwoławczą, jak i sądy powszechne.

Dowody potwierdzające podjęcie działań w celu utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności

Zasadność odtajnienia w odniesieniu do całości dokumentu uzasadnia nie tylko złożenie wyjaśnień ogólnych i brak wykazania wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, ale również (niezależnie od powyższego) brak przedłożenia dowodów uzasadniających podjęcie działań mających na celu zachowanie informacji w poufności.

Mostostal załączył do wyjaśnień cztery dokumenty opisujące wewnętrzne procedury, (Polityka poufności informacji, Polityka obiegu informacji poufnych, Polityka ochrony danych osobowych, Regulamin zasobów IT) jednak po zapoznaniu się z treścią tych dokumentów, stwierdzić należy, iż żaden z nich nie stanowi dowodu w przedmiocie wykazania zasadności zastrzeżenia Wykazu osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Dokumenty te dotyczą bowiem innych zagadnień. Dowód powinien potwierdzać, że odnosi się do zastrzeżonych w niniejszym postępowaniu dokumentów. Tymczasem dokumenty te nie dotyczą kwestii związanych z zastrzeżonymi informacjami, a z ochroną zupełnie innych informacji. Na taki związek nie wskazał również skutecznie Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach.

Zwrócić przy tym należy uwagę na fakt, że jak wynika z utrwalonej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej kwestia wykazania nie oznacza jedynie wskazania, opisanie określonych czynności podejmowanych przez wykonawcę w celu zachowania w poufności zastrzeżonych informacji, ale konieczność udowodnienia skutecznej ich ochrony.

Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa powinno mieć charakter wiarygodny i możliwy do sprawdzenia, nie zaś nieweryfikowalny. W orzecznictwie Izby wielokrotnie podkreślano, że przedstawienie samych wyjaśnień tajemnicy bez dołączenia do nich odpowiednich dowodów jest niewystarczające.

Zarzut ewentualny

Odwołujący przytoczył brzmienie pkt 9.2. 1) pkt 2 SWZ. Zdaniem Odwołującego z treści warunku wynika, iż osoba lub osoby posiadające wskazane w tabeli kwalifikacje muszą być zatrudnione na umowę o pracę, a dodatkowo osoba posiadająca ważny certyfikat CIS — „Certyfikowany Integrator Systemu LIST” lub równoważny musi być pracownikiem Wykonawcy. Ww. osoby mieszczą się w katalogu osób zawartym w § 19 ust. 1 Wzoru umowy, co do których Zamawiający wymagał, aby były zatrudnione na podstawie umowy o pracę.

Ponieważ Wykonawca Mostostal nie załączył do oferty zobowiązania do udostępnienia zasobów w zakresie osób, to należy przyjąć, iż wszystkie osoby stanowią jego zasób własny — co w przypadku osób posiadających ww. kwalifikacje oznacza, iż muszą to być osoby zatrudnione przez Wykonawcę na podstawie umowy o pracę.

Jak wynika z Uzasadniania zastrzeżenia Wykazu osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca nie zastrzegł wykazu w celu ochrony swoich pracowników. Zatem, na podstawie tego dokumentu można przyjąć domniemanie iż osoba/lub osoby legitymujące się ww. kwalifikacjami nie są pracownikami Wykonawcy. W przypadku potwierdzenia się tego zarzutu, Zamawiający ma obowiązek wezwać Wykonawcę do uzupełnienia Wykazu osób w tym zakresie, a w braku uzupełnienia odrzucić ofertę Wykonawcy Mostostal jako złożoną przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący zwrócił uwagę, że jest to szczególnie ważne w przypadku certyfikatu CIS -„Certyfikowany Integrator Systemu LIST” gdyż certyfikat ten wydawany jest dla pracowników danej firmy (co jest uwidocznione na certyfikacie).

Na terenie RP generalnym przedstawicielem handlowym i techniczno-szkoleniowym firmy LISTEC GmbH jest firma: Creatio A. W. ul. Platanowa 26/2, 55-080 Pietrzykowice. Jest to jedyna w Polsce firma wydająca certyfikaty CIS (Certyfikowany Integrator Systemu LIST). Certyfikaty wydawane są na firmę oraz jej pracownika, a także posiadają roczny termin ważności.

Zgodnie z wiedzą Odwołującego, certyfikat nie „przechodzi” za człowiekiem, do innego pracodawcy. Skoro zatem Zamawiający wymagał, aby certyfikat posiadał pracownik wykonawcy, to nie ma możliwości wykazania na potwierdzenie spełniania warunku, certyfikatu dotyczącego osoby zatrudnionej przez inny podmiot, tj. podmiot nie będący wykonawcą.

W złożonej pismem z 26 lutego 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający uwzględnił zarzut oznaczony jako nr 1 w petitum odwołania. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

Zarzut nr 2

Mostostal przedłożył dokument potwierdzający należyte wykonanie inwestycji pod nazwą „Budowa Nowego Kompleksu Opieki Zdrowotnej Can Misses”, a treść przedłożonego dokumentu nie budziła żadnej wątpliwości Zamawiającego. W szczególności w tym dokumencie jest wprost wskazane, że inwestycja zakończyła się 20 stycznia 2016 roku, a więc w okresie ośmiu lat przed upływem terminu składania ofert (termin składania ofert upływał 29 grudnia 2023 roku). Procedura wyjaśnień, o której mowa w art. 128 ust. 4 Prawa zamówień publicznych dotyczy sytuacji, w której zamawiający nie jest pewien, jak rozumieć treść oświadczeń lub dokumentów złożonych przez wykonawcę. Oznacza to, że zamawiający powinni korzystać z procedury wyjaśnień zawsze, gdy mają jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oświadczeń lub dokumentów. A contrario Zamawiający nie może korzystać z tegoż przepisu i żądać wyjaśnień co do dokumentów podmiotowych, które są jasne i wprost odpowiadają potrzebą Zamawiającego opisanym w SWZ. Warbud upatruje swoje wątpliwości w tym, że w okresie ostatniego roku wykonywania umowy (2016), wydatkowano na realizację „Budowa Nowego Kompleksu Opieki Zdrowotnej Can Misses” kwotę 12 768,52 EUR. Tymczasem z tego powodu nie sposób uznać, że jest jakaś wątpliwość w zakresie daty wykonania inwestycji. W pkt 5 referencji wprost wskazano, że projekt inwestycyjny obejmował, oprócz robót wymienionych w punktach wcześniejszych (roboty budowlane), wykonanie innych robót w zakresie innych grup, których kwota

wykonania wyniosła 4.390.285,86 euro, z czego kwota 220.925,12 euro dotyczy prac wykonanych w roku 2010, kwota 3.535.459,74 euro dotyczy prac wykonanych w roku 2011, kwota 295.303,40 euro dotyczy prac wykonanych w roku 2012, kwota 232.126,14 euro dotyczy prac wykonanych w roku 2013, kwota 707.566,63 euro dotyczy prac wykonanych w roku 2014, kwota 201.985,69 euro dotyczy prac wykonanych w roku 2015, natomiast kwota 12.768,52 euro dotyczy prac wykonanych w roku 2016. Istotnym jest zatem kiedy zakończyła się realizacja inwestycji, a nie poszczególnych wyspecyfikowanych robót, a nie ma przy tym żadnego znaczenia, że najmniej wydano w 2016 roku, skoro inwestycja zakończyła się 10 stycznia 2016 roku. Jest rzeczą naturalną, że tak duża inwestycja, musiała w ostatniej fazie być przedmiotem odbiorów, wyposażenia a główne roboty najbardziej kosztochłonne zostały zakończone wcześniej.

Zarzut nr 3

Treść złożonych podmiotowych środków dowodowych, w szczególności załącznika nr 3 do oferty nie pozostawia żadnych wątpliwości co do realnego charakteru zobowiązania Acciona Construcción SA, biorąc pod uwagę fakt, że spółka jest podmiotem dominującym w stosunku do Mostostal z powodu posiadania 62,13% udziału w kapitale zakładowym Mostostal.

Ponadto Mostostal przedłożył dokumenty potwierdzające brak podstaw do jego wykluczenia właśnie poprzez powołanie się na zasoby Acciona Construction SA, która oddała do dyspozycji niezbędne zasoby w zakresie: wiedzy i doświadczenia dotyczących wykonania w okresie ostatnich 8 lat dwóch zadań polegających na przebudowie, budowie lub rozbudowie obejmujących zakresem budynków/budynki szpitalne o powierzchni użytkowej powyżej 9000m² i wartości ponad 60 mln zł brutto.

Zarzut nr 4

Mostostal przedłożył wykaz osób zgodnie z wymogiem SWZ 9.2. 1). Zamawiający mógł żądać jedynie wykazu osób jako podmiotowych środków dowodowych. Zgodnie z §9 ust. 1 pkt 3) Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może...(więcej Dz.U. z 2020 r. poz. 2415) Zamawiający mógł żądać jedynie wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Zamawiający nie mógł żądać do powyższego wykazu, dodatkowych dokumentów takich jak dokumenty świadczące o zdobytych uprawnieniach przez wykazane w wykazie

osoby, wystawione przez podmioty trzecie (szkolenia, certyfikaty itp.). Wprawdzie w SWZ znalazł się taki zapis, jednak był on sprzeczny z przepisami wskazanego wyżej rozporządzenia, a zatem nie był on wiążący dla Wykonawców. Wszelkie niejasne, nieprecyzyjne wymogi SWZ nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawcy w postępowaniu.

Zarzut nr 5

Przekonujące są argumenty, że wartością gospodarczą dla Mostostal stanowią informacje o osobach skierowanych do realizacji zamówienia, posiadających unikatowe kwalifikacje, gdyż ujawnienie tych informacji może spowodować „podbieranie” takich osób przez konkurencję i jednocześnie utratę przez wykonawcę pozycji na rynku świadczonych robót budowlanych.

Konieczność wykazania się dysponowaniem kadrą o wieloletnim (co najmniej 8-letnim) doświadczeniu zarówno w zakresie pełnienia kierowniczych funkcji budowlanych w zakresie kierowania budową, teletechnicznymi, które zrealizowały tego rodzaju obiekty (budynki szpitala/budynki szpitalne, klasa 1264 wg PKOB), jak też osobami, które ze względu na charakter zaplanowanych prac polegających na modernizacji zainstalowanych już systemów teletechnicznych muszą posiadać ściśle określone certyfikaty, świadectwa potwierdzające wymaganą tu wiedzę i doświadczenie w zakresie instalacji, obsługi i uruchamiania wskazanych systemów, wskazuje na wysoki poziom wyspecjalizowania wskazanych osób.

Przekonujące są argumenty, że takich osób jest niewiele, a doświadczenie tych osób ma niezwykle istotny wpływ na możliwość udziału w postępowaniu tym, jak i wielu podobnych. Osób z tak bogatym doświadczeniem jest faktycznie w Polsce niewiele, co tym bardziej uzasadnia słuszność ochrony informacji na ich temat i dokonanego zastrzeżenia przez Mostostal.

Wykonawca MOSTOSTAL WARSZAWA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Pismem z dnia 26 lutego 2024 r. ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę MOSTOSTAL WARSZAWA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawca skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się Uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone przez

1. Odwołującego wraz z odwołaniem oraz na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestnika postępowania;
2. Uczestnika postępowania na posiedzeniu z udziałem Stron.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa Centrum Medycyny Ratunkowej, Wielkopolskiego Centrum Lecznictwa Ambulatoryjnego i Rehabilitacyjnego wraz z obszarem przyjęć planowych oraz zapleczem socjalnym, magazynowym, technicznym i archiwalnym w filii nr 1 Szpitala Wojewódzkiego w Poznaniu.

Zamawiający w rozdziale 7 ust. 7.2. określił warunki udziału w postępowaniu:

1. *Sytuacja ekonomiczna lub finansowa (...)*
2. *Zdolność techniczna lub zawodowa*

Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie dokonana na zasadzie spełnia/nie spełnia w II etapie oceny badania ofert w którym Zamawiający żądać będzie przedstawienia dokumentów wyszczególnionych w rozdziale 9 ust. 9.2 SWZ (...)

Zamawiający w rozdziale 9 ust. 9.2 wskazał, że Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie Wykonawcę (...) do złożenia (...) następujących podmiotowych środków dowodowych: 1) w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu:

Lp.	Wymagany dokument	
1	<p>Wykaz robót wykonanych - w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył dwa (2) zadania budowlane polegające na wykonaniu przebudowy, budowy lub rozbudowy obejmującej zakresem budynek/budynki szpitalne (wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należące do klasy 1264), o powierzchni użytkowej min. 9 000 m² (dziewięć tysięcy) i obejmujące między innymi Szpitalny Oddział Ratunkowy (SOR) lub Bloku Operacyjnego nie mniejsza niż 100 000 000,00 zł brutto (sto milionów złotych) – załącznik nr 4 do SWZ.</p> <p>Każde zadanie polegało na realizacji:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) robót konstrukcyjnych, b) robót ogólnobudowlanych w tym drogowych, c) robót elektrycznych, d) robót sanitarnych (wentylacja i klimatyzacja, wod-kan, c.o., c.t., sieci) e) certyfikowanej instalacji gazów medycznych wraz z dostawą paneli nad łóżkowych <p>Pod pojęciem budynku szpitalnego lub zakładu opieki medycznej należy rozumieć obiekty budowlane sklasyfikowane w klasie 1264 Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB).</p> <p>Każda wymieniona w tabeli robota budowlana powinna być poparta dokumentem potwierdzającym, że została wykonana należycie.</p>	<p>budowy (potwierdzone wpisami do dziennika budowy) przy nadbudowie, budowie lub przebudowie budynku szpitala lub zakładu opieki medycznej (wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należących do klasy 1264) o powierzchni użytkowej min. 9 000 m², z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na użytkowanie włącznie, o wartości robót co najmniej 100 000 000,00 zł brutto (sto milionów złotych). Zakres prac obejmował wykonanie SOR lub Bloku Operacyjnego.</p> <p>Wykonawca dysponuje osobą do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych posiadającą:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) wykształcenie wyższe techniczne, b) uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, c) minimum 10 letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót potwierdzone wpisami do dziennika budowy, d) doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót (potwierdzone wpisami do dziennika budowy) przy budowie lub przebudowie budynku szpitala lub zakładu opieki medycznej (wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych klasa 1264) o powierzchni użytkowej min. 9 000 m², o wartości robót co najmniej 100 000 000 zł brutto (sto milionów złotych). Zakres prac obejmował wykonanie SOR lub Bloku Operacyjnego. <p>Wykonawca dysponuje osobą do pełnienia funkcji kierownika robót elektrycznych, elektroenergetycznych i teletechnicznych posiadającą:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) wykształcenie wyższe techniczne, b) uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, c) minimum 10 letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót potwierdzone wpisami do dziennika budowy, d) doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót (potwierdzone wpisami do dziennika budowy) przy nadbudowie, budowie lub przebudowie budynku szpitala lub zakładu opieki medycznej (wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych klasa 1264), o powierzchni użytkowej min. 9 000 m², o wartości robót co najmniej 100 000 000,00 zł brutto (sto milionów złotych). Zakres prac obejmował wykonanie SOR lub Bloku Operacyjnego. <p>Wykonawca dysponuje osobą do pełnienia funkcji kierownika/koordynatora dostaw aparatury medycznej/robót technologicznych posiadającą:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) wykształcenie wyższe techniczne, b) minimum 3 letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika/koordynatora dostaw aparatury medycznej/robót technologicznych, c) doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika/koordynatora przy nadbudowie, budowie lub przebudowie budynku szpitala lub zakładu opieki medycznej (wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych klasa 1264), o wartości robót co najmniej 100 000 000,00 zł brutto (sto milionów złotych).
2	<p>Wykaz osób</p> <p>Wykonawca dysponuje osobą do pełnienia funkcji kierownika budowy posiadającą:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) wykształcenie wyższe techniczne, b) uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej oraz drogowej, c) minimum 10 letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy, potwierdzone wpisami do dziennika budowy, d) doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót lub kierownika 	<p>milionów złotych), i powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 9 000 m².</p> <p>W przypadku, gdy Wykonawca dysponuje personelem kierowniczym spoza terytorium RP, osoby te muszą:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) posiadać wykształcenie i kwalifikacje wymagane do świadczenia usług we wskazanej branży budowlanej w kraju zamieszkania tych osób, b) posiadać decyzję o uznaniu kwalifikacji zawodowych we wskazanej branży budowlanej zgodnie z ustawą z dnia 18 marca 2008 r. (Dz. U. Nr 63, poz. 394) o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej lub posiadać prawo do świadczenia usług transgranicznych. <p>Wykonawca dysponuje min. 1 osobą lub osobami, które będą brały udział w realizacji zamówienia (z uwagi na charakter zaplanowanych prac polegających na modernizacji zainstalowanych już systemów teletechnicznych), posiadającym/mi odpowiednie certyfikaty, wiedzę i doświadczenie</p> <p>w zakresie instalacji, obsługi i uruchamianiu poniższych systemów:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) System sygnalizacji pożarowej (centrale pożarowe POLON 6000 zainstalowane w obszarze Szpitala) — wymagane ważne świadectwo ukończenia, przez co najmniej 1 pracownika realizującego przedmiot zamówienia, szkolenia „Rozproszonego Systemu Sygnalizacji Pożarowej POLON 6000” b) System dźwiękowego systemu ostrzegawczego (Ambient Multives zainstalowanego w obszarze Szpitala) — wymagane ważne świadectwo ukończenia, przez co najmniej 1 pracownika realizującego przedmiot zamówienia, szkolenia „instalowania/ programowania/ uruchamiania/ konserwacji dźwiękowego systemu ostrzegawczego MULTIVES” c) System liniowej czujki ciepła zainstalowanego w obszarze Szpitala – wymagany ważny certyfikat CIS – „Certyfikowany Integrator Systemu LIST” lub równoważny w zakresie tej funkcji wydany na pracownika Wykonawcy realizującego przedmiot zamówienia . <p>Wykaz osób – załącznik nr 5 do SWZ.</p> <p>Każda wymieniona w tabeli dostawa powinna być poparta dokumentem potwierdzającym, że została wykonana należycie.</p>

Wykaz robót wykonanych stanowi załącznik nr 4 do SWZ.

Wykaz osób stanowi załącznik nr 5 do SWZ. Zamawiający w załączniki tym, pod tabelą, wskazał, że „wykonawca załącza wraz z niniejszym wykazem wskazane uprawnienia.”

Zamawiający pismem z dnia 8 stycznia 2024 r. wezwał Uczestnika postępowania do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale 9 ust. 9.2 SWZ.

W odpowiedzi na ww. wezwanie wraz z pismem z dnia 19 stycznia 2024 r. złożył następujące podmiotowe środki dowodowe:

- 1) Wykaz robót wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie
- 2) Wykaz osób - UWAGA! ZAŁĄCZNIK OBJĘTY TAJEMNICĄ PRZEDSIĘBIORSTWA
- 3) Opinia bankowa
- 4) Polisa OC wraz z dowodem opłacenia
- 5) Skrócone sprawozdania finansowe za ostatnie trzy lata obrotowe
- 6) Informacje z KRK
- 7) Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa

Uczestnik postępowania wraz z wykazem robót przedłożył dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie, m.in.: certyfikat (w języku angielskim wraz z tłumaczeniem) poświadczający wykonanie robót w zakresie rozbudowy i remontu Nowego Szpitala w Can Misses na obszarze miejskim miasta Ibiza oraz na budowie Centrum Zdrowia w miejscowości Sant Josep de sa Talaia, usytuowanego w odległości 15 km od miasta Ibiza.

Uczestnik postępowania w załączniku nr 5 – wykaz osób, przekreślił „Wykonawca załącza wraz z niniejszym wykazem wskazane uprawnienia.”* wskazując: **Zgodnie z art. 124 pkt. 2 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający może żądać od Wykonawców podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z naruszeniem tego przepisu mamy do czynienia w sytuacji, w której Zamawiający żąda od Wykonawców oświadczeń lub dokumentów w zakresie przekraczającym granice określone przez Ustawodawcę. Wprowadzone na podstawie art. 128 ust. 6 ustawy Pzp przepisy rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy, zawierają zamknięty katalog dokumentów, których Zamawiający może żądać w celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Dokument w postaci kopii uprawnień budowlanych nie mieści się w ramach dokumentów przewidzianych ww. rozporządzeniem. Zamawiający weryfikując spełnianie ww. warunku winien ograniczyć się do uzupełnienia stosownych informacji wskazanych w pierwotnie żądanym przez siebie dokumencie wskazanym w § 9 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia, tj. wykazie osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego. Z uwagi na powyższe wystosowane przez Zamawiającego żądanie złożenia powyżej opisanego dokumentu przez Wykonawcę stanowi naruszenie art. 124 pkt. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 6 ustawy Pzp.*

Zamawiający pismem z dnia 24 stycznia 2024 r. wezwał Uczestnika postępowania do złożenia wyjaśnień treści złożonych dokumentów, w zakresie załącznika nr 5 – wykaz osób, które będą uczestniczyły w wykonaniu zamówienia – poprzez wskazanie w zakresie ppkt 4 podmiotów, które wydały certyfikaty/wykonały szkolenia, tj. POLON 600, MULTIVES, certyfikat CIS.

W odpowiedzi na wezwanie, pismem z dnia 29 stycznia 2024 r. Uczestnik postępowania złożył wyjaśnienia, które zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba zważyła, co następuje:

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 1 w *petitum* odwołania, wobec jego uwzględnienia przez Zamawiającego. Zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp *W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów*

przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w zakresie zarzutów oznaczonych jako nr 3 i nr 5 w *petitum* odwołania.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawą prawną zapadłego rozstrzygnięcia Izba wskazuje, że w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdują następujące przepisy:

Art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp - *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie (...). Z kolei zgodnie z ust. 4 Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.*

Art. 118 ust. 2, ust. 3, ust. 4 ustawy Pzp

2. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

3. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

4. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

- 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;
- 2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;
- 3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Art. 16 ustawy Pzp - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Zarzut nr 3 – naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 118 ust. 2, 3 i 4 Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) Pzp i w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów podmiotowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, tj. zobowiązania do udostępnienia zasobów udzielonego przez podmiot trzeci Acciona Construcción SA z siedzibą w Madrycie

Art. 118 ust. 4 pkt 3) ustawy Pzp narzuca elementy, które muszą być ujęte w zobowiązaniu podmiotu trzeciego. Z treści zobowiązania powinien wynikać zakres

dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby, sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia, czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą, ponadto zakres wskazany w ofercie jest węższy od treści warunku udziału w postępowaniu. Ze zobowiązania Acciona Construcción SA z siedzibą w Madrycie nie wynika jednoznacznie w jakim zakresie podmiot ten zrealizuje roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Wskazany w formularzu ofertowym zakres robót, który Uczestnik zamierza powierzyć podwykonawcy jest jego oświadczeniem własnym. Oświadczenie wykonawcy nie jest wystarczające do wykazania realności dysponowania niezbędnymi zasobami na potrzeby realizacji zamówienia i nie może zastępować dokumentu opisanego w art. 118 ust. 3 Pzp, w postaci zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub innego podmiotowego środka dowodowego.

Izba uznała, że dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy nie ma istotnego znaczenia to, że Acciona Construcción SA z siedzibą w Madrycie jest dominującym akcjonariuszem. Obowiązujące przepisy nie różnicują sytuacji wykonawców, którzy polegają na zasobach dominującego akcjonariusza, do tych, którzy polegają na zasobach podmiotu trzeciego niepowiązanego osobowo czy kapitałowo.

Zarzut nr 5 – *naruszenie art. 18 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w zw. z art. 74 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia dokumentów bezzasadnie zastrzeżonych przez Mostostal jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. Wykazu osób oraz wyjaśnień składanych na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 stycznia 2024r.*

W pierwszej kolejności niezbędne jest uczynienie kilka uwag natury ogólnej, które rzutują na ocenę uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zasada jawności jest istotnym elementem prawidłowego funkcjonowania systemu zamówień publicznych. Zapewnia należyłą ochronę interesu publicznego oraz gwarantuje wykonawcom, jak i wszystkim zainteresowanym, uzyskanie pełnej informacji o postępowaniu i czynnościach podejmowanych przez zamawiającego. Dzięki czemu wykonawcy mogą skutecznie bronić swoich interesów. Zasada jawności gwarantuje przejrzystość, bowiem informacja jest jednym z czynników mających duże znaczenie gospodarcze w warunkach wolnego i zdrowego rynku.

Biorąc powyższe pod uwagę, wyłączenie czy też ograniczenie jawności postępowania o udzielenie zamówienia powinno być interpretowane zawężająco i rygorystycznie. Prawo wykonawców do utajnienia niektórych informacji, wskazując na tajemnicę przedsiębiorstwa, nie może uchybiać zasadzie jawności, która w praktyce

przejawia się wzajemną kontrolą przez podmioty konkurujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie podkreślała w swoich orzeczeniach, że ochronie mogą podlegać tylko informacje co do których wykazano, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu kodeksu postępowania cywilnego. Co za tym idzie wykonawca winien udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych jest niewystarczające dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej. Tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny.

Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa nie odnosi się do prób utajnienia wszelkich informacji, które mogą mieć jakąkolwiek wartość gospodarczą. Powszechnie wiadomo, że żaden przedsiębiorca nie jest zainteresowany ujawnieniem informacji dotyczących prowadzonej działalności gospodarczej. Jednakże wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności. Co za tym idzie, powinni liczyć się z tym, że dokumenty składane w toku postępowania, będą jawne.

Przedkładając powyższe rozważania na realia niniejszej sprawy należy zauważyć, że Uczestnik postępowania w uzasadnieniu zastrzeżonych informacji w ogóle nie odniósł się do wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. I już tylko z tego względu Zamawiający winien wyjaśnienia te odtajnić, a nie samemu poszukiwać argumentacji przemawiającej za tym, że jednak informacje zawarte w wyjaśnieniu stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie jest rolą Zamawiającego ani też Izby poszukiwania argumentacji na potwierdzenie zasadności zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Za niewykazane i gołosłowne Izba uznała twierdzenia wyrażone w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa o możliwości „podbierania” kadry przez podmioty konkurencyjne. Nie zasługują na aprobatę twierdzenia Uczestnik postępowania, że *ewentualne działania zmierzające do nieuprawnionego przejęcia lub podkupienia przez konkurencyjnych wykonawców osób zaangażowanych przez Wykonawcę mogą utrudnić lub uniemożliwić realizację zamówienia przez Wykonawcę, a w konsekwencji także podważyć pozycję Wykonawcy na rynku w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia*. Uczestnik postępowania może zminimalizować ww. ryzyko poprzez wypłatę odpowiedniego wynagrodzenia pracownikom czy też klauzule zakazu konkurencji powiązane z klauzulą kary

umownej etc., przy czym zjawisko fluktuacji pracowniczej immanentnie towarzyszy prowadzeniu działalności gospodarczej.

Izba zwraca uwagę, że w uzasadnieniu brakuje informacji czy, a jeśli tak, to w jaki sposób Uczestnik postępowania zobowiązał wskazane w wykazie osoby do nieujawniania, że będą zaangażowane w realizację przedmiotowego zamówienia.

Izba stwierdziła, że Uczestnik postępowania nie sprostął ciężarowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji.

Zdaniem Izby z treści uzasadnienia zastrzeżonych informacji nie wynika, że ziściły się wszystkie przesłanki, które decydują o możliwości zastrzeżenia danych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W związku z uwzględnieniem zarzutu nr 5, Izba nie rozpoznała zarzutu naruszenia *art. 128 ust. 1 Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp i w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów podmiotowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, dotyczących osób, które będą realizować zamówienie*, który został podniesiony jako zarzut ewentualny.

W pozostałym zakresie odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. Przechodząc do omawiania poszczególnych zarzutów Izba wskazuje:

Zarzut nr 2 - *naruszenie art. 128 ust. 1 i 4 Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) Pzp poprzez zaniechanie wezwania Mostostal do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów podmiotowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w SWZ w pkt 9.2. 1) pkt 1 w tabeli, w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, tj. w zakresie doświadczenia Wykonawcy*

Odnosnie terminu zakończenia robót zamówienia pn.: „Budowa Nowego Kompleksu Opieki Zdrowotnej Can Misses” Izba w pełni podzieliła argumentację Zamawiającego oraz Uczestnika postępowania, przyjmując ją w konsekwencji za własną.

Z poświadczenia dotyczącego realizacji zamówienia wynika, że realizacja robót budowlanych zakończyła się 20 stycznia 2016 r. Powyższe znajduje swoje odzwierciedlenie w CERTYFIKACIE WYKONANIA PROGRAMU KONTROLI JAKOŚCI Wykaz kontroli budowy i wyniki (załącznik do końcowego certyfikatu budowy, w którym poświadczono, że *prace budowlane zostały zakończone w dniu 20 stycznia 2016 r.* Odwołujący nie kwestionował ww. dokumentów. Izba również nie znalazła podstaw, aby z urzędu podważać ich wiarygodność i moc dowodową. Dokument przedłożony przez Uczestnika postępowania wraz z wykazem robót, zgodnie z jego treścią, zostało poświadczane przez Notariusza

Dostojnej Izby Notarialnej w Madrycie, z siedzibą w Coslada. Moc dowodowa dokumentu urzędowego jest większa niż artykułów znajdujących się na stronach internetowych.

Twierdzenia Odwołującego, że Uczestnik postępowania powinien liczyć termin zakończenia realizacji robót budowlanych od dnia 31 stycznia 2014 r. nie zasługują na aprobatę. Odwołujący wysnuł dość śmiałą tezę, że Uczestnik postępowania powinien posługiwać się certyfikatem częściowym z uwagi na wykonanie prawie 99% robót. Powyższe nie znajduje potwierdzenia w obowiązujących przepisach, przynajmniej Odwołujący ich nie wskazał, zaś doświadczenie życiowe wskazuje, że proces budowlany uwzględniający odbiory częściowe jest rozłożony w czasie, co wieńczy zwykle końcowy, finalny odbiór całego przedsięwzięcia.

Odwołujący nie przedstawił przekonującej argumentacji, która pozwalałaby na uwzględnienie ww. zarzutu.

Zarzut nr 4 - naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) Pzp i w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów podmiotowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, o których mowa w SWZ w pkt 9.2. 1) pkt 2 w tabeli dotyczących osób, które będą realizować zamówienie

Twierdzenia Odwołującego, że Zamawiający wymagał przedłożenia certyfikatów, świadectwa ukończenia odpowiedniego szkolenia, uprawnień nie zasługiwały na aprobatę. Rozważania prawne Zamawiającego oraz Uczestnika postępowania w tym zakresie są prawidłowe i jako takie również Krajowa Izba Odwoławcza uznaje je za własne.

Izba zwraca uwagę, że z postanowień specyfikacji warunków zamówienia nie wynika obowiązek przedłożenia wraz z wykazem osób podmiotowych środków dowodowych, tj. certyfikatu, uprawnień, świadectwa szkolenia.

Zamawiający w rozdziale 7 ust. 7.2. pkt 2 SWZ wskazał, że *żądać będzie przedstawienia dokumentów wyszczególnionych w rozdziale 9 ust. 9.2. SWZ. Wyszczególnionych, czyli wymienionych ww. rozdziale. Zamawiający w ust. 9.2 wyszczególnił następujące dokumenty:*

1. Wykaz robót wykonanych – wskazując przy tym, że *każda wymieniona w tabeli robota budowlana powinna być poparta dokumentem potwierdzającym, że została wykonana należycie.*
2. Wykaz osób – wskazując przy tym, że *każda wymieniona w tabeli **dostawa** powinna być poparta **dokumentem potwierdzającym**, że została **wykonana należycie**.* (pogrubienie własne)

Z kolei w załączniku nr 5 do SWZ – wykaz osób, Zamawiający wskazał, że *Wykonawca załącza wraz z niniejszym wykazem wskazane uprawnienia.* Bez wątplenia certyfikat, świadectwo ukończenia szkolenia to nie to samo co uprawnienia, które mogą być rozumiane także jako uprawnienia budowlane.

Przy tak skonstruowanych postanowieniach, niespójnych i niejednoznacznych, brak jest pewności, czego tak naprawdę Zamawiający wymagał. Zasadą jest, że wszelkie niejasności w treści dokumentów sporządzonych przez zamawiającego należy tłumaczyć na korzyść wykonawców, zaś ewentualne błędy popełnione w toku postępowania przez zamawiającego nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawców, biorących udział w postępowaniu.

Biorąc powyższe pod rozwagę, skoro w specyfikacji nie znalazły się precyzyjne i jednoznaczne postanowienia o obowiązku złożenia, na żądanie Zamawiającego, podmiotowych środków dowodowych w postaci certyfikatu, świadectwa ukończenia szkolenia, uprawnień to brak jest podstawy prawnej i faktycznej do żądania tych dokumentów od Uczestnika postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1), ust.3 w zw. z § 5 pkt 1 lit. a) i pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

W przedmiotowej sprawie, Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Spośród czterech zarzutów dwa okazały się zasadne, a dwa – niezasadne.

Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem Odwołujący w części 1/2 i Zamawiający w części 1/2. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 20 000 PLN oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego oraz Zamawiającego w kwocie po 3 600 PLN.

Izba zniósła wzajemnie między Stronami koszty poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 10 000 PLN, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca:

.....

.....