



WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 września 2016 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący: SSO Andrzej Sobieszczęński

Sędziowie: SO Magdalena Nałęcz

SO Wiktor Piber (spr.)

Protokolant: Prot. sąd. Rafał Artymiuk

po rozpoznaniu w dniu 9 września 2016 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy ze skargi wykonawców [REDACTED] spółki z ograniczoną odpowiedzialnością

w [REDACTED] i „[REDACTED]” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDACTED]

wspólnie ubiegających się o zamówienie

z udziałem zamawiającego [REDACTED] spółki akcyjnej w [REDACTED]

z udziałem [REDACTED] spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDACTED]

oraz Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

o zamówienie publiczne

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 26 stycznia 2016 r., sygn. akt-KIO 39/16

- I. zmienia zaskarżony wyrok i uwzględnia odwołanie wykonawców [REDACTED] spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDACTED] i „[REDACTED]” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDACTED] wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- II. nakazuje [REDACTED] spółce akcyjnej w [REDACTED] (Zamawiającemu):
 - a) wykluczenie z postępowania o zamówienie publiczne wykonawcę [REDACTED] spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDACTED]

- b) odrzucenie oferty [REDACTED] spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDACTED]
- c) powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, na podstawie kryteriów oceny ofert przyjętych w pkt 19.9 Tomu I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – Instrukcje dla Wykonawców, wyłącznie spośród ofert pozostałych wykonawców, którzy nie zostali wykluczeni;
- III. obciąża kosztami [REDACTED] spółkę akcyjną w [REDACTED] (Zamawiającego) w całości;
- IV. zasądza od [REDACTED] spółki akcyjnej w [REDACTED] (Zamawiającego) solidarnie na rzecz wykonawców [REDACTED] spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDACTED] i [REDACTED] spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDACTED] wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, kwotę 18 600,00 zł (osiemnaście tysięcy sześćset złotych) tytułem kosztów postępowania odwoławczego, w tym kwotę 3 600,00 zł tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika;
- V. zasądza od [REDACTED] spółki akcyjnej w [REDACTED] (zamawiającego) solidarnie na rzecz wykonawców [REDACTED] spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDACTED] i [REDACTED] spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDACTED] wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, kwotę 82 200,00 zł (osiemdziesiąt dwa tysiące dwieście złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego, w tym kwotę 7 200,00 zł tytułem kosztów wynagrodzenia radcy prawnego.

SSO Magdalena Nałęcz

SSO Andrzej Sobieszkański

SSO Wiktor Piber



Na oryginale właściwe podpisy
za zgodność
Praktykant sekretarz
Arkadiusz Bogusz.

UZASADNIENIE

Zamawiający – [REDAKTOWANO] S.A. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na opracowanie kompletnej dokumentacji przetargowej, niezbędnej do przygotowania realizacji projektu [REDAKTOWANO] pod nazwą Modernizacja linii kolejowej [REDAKTOWANO]. Przetarg [REDAKTOWANO]
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 8 lipca 2015 r., pod poz. [REDAKTOWANO].

Przetarg prowadzony jest w oparciu o przepisy ustawy prawo zamówień publicznych (w dalszej części określanej skrótowo jako ustawa Pzp – uwaga Sądu Okręgowego).

W dniu 13 stycznia 2016 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - [REDAKTOWANO] w [REDAKTOWANO] oraz [REDAKTOWANO] sp. z o.o. w [REDAKTOWANO] wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od :

1. zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez [REDAKTOWANO] w [REDAKTOWANO] jako niejawnych: uzupełnionego „Wykazu usług wraz z oświadczeniem”, zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów oraz informacji zawartych w korespondencji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą i pozostałej nieujawnionej części dokumentacji postępowania powstałej po pierwszej ocenie ofert, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
2. zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania wykluczenia wykonawcy [REDAKTOWANO] w [REDAKTOWANO] z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,
3. zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania wykluczenia wykonawcy [REDAKTOWANO] sp. z o.o. w [REDAKTOWANO] z postępowania na podstawie przepisu art 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, pomimo iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu dokonanie niezgodnej z ustawą Pzp czynności polegającej na wyborze oferty [REDAKTOWANO] jako najkorzystniejszej oraz wskazał na naruszenie:

- I. przepisu art. 7 ust 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust 1, ust 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu w/w zastrzeżonych przez [REDAKTOWANO] z o.o. w [REDAKTOWANO] uzupełnionych części oferty oraz elementów dokumentacji postępowania, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

- II. przepisu art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania [REDAKTED] z o.o. w [REDAKTED] pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- III. przepisu art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy [REDAKTED] sp. z o.o. w [REDAKTED] pomimo iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odtajnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu, dokonania ponownej oceny ofert, uwzględniającej kryteria oceny ofert oraz zasady oceny ofert zgodne z SIWZ, wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty [REDAKTED] sp. z o.o. w [REDAKTED] dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający, pismem z dnia 21 stycznia 2016 r. złożonym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, poinformował, że uwzględnia częściowo zarzut zaniechania ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w dokumentach stanowiących załącznik do protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie dokumentów:

- wykaz usług złożony na wezwanie zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 24 listopada 2015 r.,
- korespondencji zamawiającego w zakresie odnoszącym się do ustalenia, czy usługa wskazana w wykazie została wykonana należycie z wyłączeniem informacji zawartych w tych mailach na temat osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia.

Zamawiający wyjaśnił, że w dniu 12 stycznia 2015 r. zamawiający przekazał kopię protokołu postępowania wraz z załącznikami, tj. kopią wezwania [REDAKTED] sp. z o.o. w [REDAKTED] z dnia 24 listopada 2015 r. do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, kopią odpowiedzi spółki [REDAKTED] z dnia 30 listopada 2015 r.

Jednocześnie wskazał, że jest podmiotem na rzecz którego została wykonana usługa wskazana w uzupełnionym wykazie, dlatego też wykonawca [REDAKTED] sp. z o.o. w [REDAKTED] nie miał obowiązku przedkładania dowodów na potwierdzenie, czy usługa została wykonana należycie. Po ponownym przeanalizowaniu wyjaśnień złożonych przez spółkę [REDAKTED] zamawiający doszedł do przekonania, że wbrew twierdzeniom wykonawcy, wiedza o podmiocie trzecim, który posiada doświadczenie w realizacji zamówień na rzecz zamawiającego nie daje mu przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami działającymi na rynku krajowym.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutu zaniechania ujawnienia informacji zawartych w uzupełnionym wykazie osób, zobowiązaniu podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów oraz korespondencji w sprawie doświadczenia osób, które wykonywały przedmiot zamówienia.

W dniu 22 stycznia 2016 r. zamawiający złożył kolejną odpowiedź na odwołanie, zawierająca odniesienie się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp. Wskazał, iż o ile nie znajdują uzasadnienia pozostałe zarzuty odwołania odnoszące się do spełniania przez wykonawcę [REDAKTED] sp. z o.o. w [REDAKTED] warunków udziału w postępowaniu, bez wpływu na wynik postępowania pozostawałaby ewentualna wadliwość zaniechania ujawnienia odwołującemu pozostałych zastrzeżonych dokumentów.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający wskazał, że odwołujący w sposób błędny utożsamia zwrot „treść oferty” oraz „zawartość oferty”. Zdaniem zamawiającego, złożone w formularzu ofertowym oświadczenie odnosiło się jedynie do sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zdaniem zamawiającego, w rozpatrywanym stanie faktycznym, nie nastąpiła również zmiana treści oferty w rozumieniu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Składane oświadczenie byłoby oświadczeniem wiedzy na temat posiadanego przez wykonawcę doświadczenia, nie zaś oświadczeniem woli na temat sposobu wykonywania świadczenia.

Oдноśnie zarzutu podania nieprawdziwych informacji, zamawiający wskazał, że nie miał żadnych przesłanek, aby kwestionować sposób spełniania warunku udziału w postępowaniu przez [REDAKTED] sp. z o.o. w [REDAKTED]

Zamawiający podniósł także, że pismem z dnia 18 stycznia 2016 roku, odwołujący dokonał rozszerzenia zarzutów odwołania, podnosząc dodatkowo zarzut naruszenia art. 26 ust.3 ustawy Pzp przez niezgodne z prawem wezwanie [REDAKTED] sp. z o.o. w [REDAKTED] do uzupełnienia dokumentów. Nie zachodziły także – jego zdaniem – przesłanki do odroczenia rozprawy do czasu wydania orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawach C-324/15 oraz C-387/15 ani też okoliczności uzasadniające złożenie pytania prejudycjalnego do TSUE.

W dniu 25 stycznia 2016 r. wykonawca przystępujący po stronie zamawiającego - [REDAKTED] sp. z o.o. w [REDAKTED] złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pisemne stanowisko w sprawie, wnosząc o oddalenie odwołania.

Wyrokiem z dnia 26 stycznia 2016 r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: [REDAKTED] sp. z o.o. w [REDAKTED] [REDAKTED] sp. z o.o. w [REDAKTED] oraz obciążyła odwołujących kosztami postępowania, zaliczając w ich poczet kwotę 15.000 zł uiszczoną przez odwołujących tytułem wpisu od odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że wyrokiem z dnia 2 listopada 2015 r., wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2276/15 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: [REDAKTED] sp. z o.o. w [REDAKTED] oraz [REDAKTED] sp. z o.o. w [REDAKTED] i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 8 października 2015 r., powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym wezwaniu wykonawcy [REDAKTED] sp. z o.o. w [REDAKTED] do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, a także nakazała odtajnienie wykazu usług oraz oświadczenia wykonawcy [REDAKTED] sp. z o.o. i korespondencji dotyczącej referencyjnej usługi. W pozostałym zakresie Izba zarzutów odwołania nie uwzględniła.

Wykonując w/w orzeczenie, zamawiający w dniu 24 listopada 2015 r. wezwał wykonawcę [REDAKTED] sp. z o.o. w [REDAKTED] do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w zakresie wymaganego doświadczenia. W odpowiedzi, wykonawca uzupełnił ofertę przez wskazanie nowej usługi na zasadzie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp potwierdzającej posiadanie wiedzy i doświadczenia oraz wskazanie nowych osób na stanowisko: Koordynator Projektu, Projektant branży torowej, Projektant branży mostowej.

Jednocześnie wykonawca poinformował, iż zastrzega dokumenty, będące załącznikami do pisma jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający w dniu 12 stycznia 2015 r. przekazał kopię protokołu postępowania wraz z załącznikami tj. kopię wezwania [REDAKTED] sp. z o.o. w [REDAKTED] z dnia 24 listopada 2015 r. do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, kopię odpowiedzi [REDAKTED] z dnia 30 listopada 2015 r. Z kolei w dniu 21 stycznia 2015 r., uwzględniając częściowo zarzut odwołania dotyczący zaniechania udostępnienia dokumentacji postępowania, zamawiający udostępnił Wykaz usług złożony na wezwanie z dnia 24 listopada 2015 r., korespondencję w zakresie odnoszącym się do ustalenia, czy usługa wskazana w wykazie została wykonana należycie z wyłączeniem informacji zawartych w tych mailach na temat osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza uzasadniła oddalenie odwołania w następujący sposób:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jako podmiot ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego legitymował się interesem we wniesieniu odwołania, a na skutek działań zamawiającego mógł ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Izba objęła zakresem rozpoznania następujące zarzuty:

1. zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia i udostępnienia zastrzeżonych przez [REDAKTED] sp. z o.o. w [REDAKTED] jako niejawnych: uzupełnionego Wykazu usług wraz z oświadczeniem, zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów oraz informacji zawartych w korespondencji i pozostałej nieujawnionej części dokumentacji postępowania powstałej po pierwszej ocenie ofert;
2. zarzut zaniechania wykluczenia [REDAKTED] sp. z o.o. w [REDAKTED] z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, mimo, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Pozostałe zarzuty podniesione przez odwołującego, jako wykraczające poza zakres odwołania, KIO pozostawiła bez rozpoznania.

Izba wskazała, że objęte pierwotnie tajemnicą przedsiębiorstwa dokumenty: wezwanie [REDAKTED] sp. z o.o. w [REDAKTED] z dnia 24 listopada 2015 r. do uzupełnienia dokumentów, odpowiedź z dnia 30 listopada 2015 r., uzupełniony Wykaz usług oraz korespondencja zamawiającego dotycząca ustalenia czy wykazana usługa została wykonana należycie -zostały udostępnione odwołującemu kolejno w dniach 14 i 21 stycznia 2016 r. W konsekwencji, argumentacja odwołującego dotycząca zaniechania odtajnienia tych dokumentów okazała się bezprzedmiotowa.

Zamawiający, uwzględniając częściowo zarzut odwołania dotyczący zaniechania odtajnienia dokumentacji postępowania przetargowego udostępnił odwołującemu szereg żądanych dokumentów, za wyjątkiem zobowiązania podmiotu trzeciego oraz Wykazu osób. W tym zakresie zamawiający uznał zasadność poczynionego przez wykonawcę [REDAKTED] zastrzeżenia, oceniając wyjaśnienia odwołującego z dnia 30 listopada 2015 roku co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa tych dokumentów za skuteczne.

W ocenie Izby, uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa uzupełnionych dokumentów, złożone w dniu 30 listopada 2015 r. odnosiło się do Wykazu osób wraz z oświadczeniem o posiadaniu uprawnień oraz do Wykazu usług. KIO zgodziło się ze stanowiskiem odwołującego, że w treści tego uzasadnienia wykonawca [REDAKTED] sp. z o.o. w [REDAKTED] nie wykazał skutecznie przesłanek objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa samych zasad współpracy z podmiotem trzecim udostępniającym zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia.

W uzasadnieniu brak było podania jakichkolwiek przesłanek co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa samych zasad współpracy między podmiotami, co oznacza, że wykonawca [REDAKTED] nie podjął w stosunku do tych informacji niezbędnych działań w celu zachowania ich w poufności. Ponadto zasady współpracy między zostały częściowo ujawnione, bowiem w Wykazie usług, udostępnionym odwołującemu w dniu 21 stycznia 2016 r. wskazano, że „Wykonawca nie przewiduje powierzenia żadnej części zamówienia do podwykonania”.

W konsekwencji, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że cała treść zobowiązania podmiotu trzeciego ma charakter jawny i winna być udostępniona odwołującemu. Izba odwołała się do swojego niezaskarżonego stanowiska, wyrażonego w orzeczeniu z dnia 2 listopada 2015 r., sygn. akt KIO 2276/15, które zostało wydane w tym postępowaniu o zamówienie publiczne, zgodnie z którym „zastrzeganie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może mieć na celu wyłącznie utrudnienie innym wykonawcom weryfikacji czynności Zamawiającego w postępowaniu, a jedynym uzasadnieniem dla utrzymania klauzuli poufności dokumentów składanych w publicznym postępowaniu o udzielenie zamówienia jest wykazanie przez nanoszącego klauzulę, spełnienia przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.

Za zasadne uznała natomiast Izba, objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa uzupełnionego Wykazu Osób, zgodnie z wyjaśnieniem wykonawcy [REDAKTED] w piśmie z dnia 30 listopada 2015 r., w którym odsyła on do wyjaśnienia zastrzeżenia tych informacji złożonego wraz z ofertą. Informacje na temat osób biorących udział w realizacji zamówienia mogą podlegać ochronie jako informacje o charakterze organizacyjnym.

Za niezasadny KIO uznała zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia [REDAKTED] sp. z o.o. w [REDAKTED] z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na brak potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W wyniku bowiem wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, wykonawca [REDAKTED] wykazał usługę wykonaną przez podmiot trzeci, który udostępnił temu wykonawcy swoje zasoby, składając w tym zakresie stosowne zobowiązanie. Zdaniem Izby, niezasadne było twierdzenie odwołującego, że skoro wykonawca [REDAKTED] w Formularzu oferty złożył oświadczenie o nie poleganiu na zasobach podmiotu trzeciego, to nie może tego oświadczenia zmienić i w konsekwencji w wyniku wezwania do uzupełniania dokumentów i oświadczeń nie może wykazać celem potwierdzenia spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, że dysponuje zasobami podmiotu trzeciego.

Zdaniem KIO, treść oświadczenia, złożonego w Formularzu oferty, na które powoływał się odwołujący należało odczytywać, mając na uwadze dany kontekst, w jakim zostało ono złożone – to jest należy je odnosić do sytuacji samodzielnego wykazania potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, którego próbę podjął wykonawca [REDAKTED] w

złożonej ofercie. Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem odwołującego, że uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp można dokonywać wyłącznie w granicach treści pierwotnej oferty tj., że w omawianym stanie faktycznym możliwe było uzupełnienie wyłącznie o usługę własną.

Odnosząc się merytorycznie do zarzutów dotyczących treści samego zobowiązania podmiotu trzeciego, Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że udostępnienie zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia musi mieć charakter realny i rzeczywisty. Odmówiła jednak racji odwołującemu, jakoby realność udostępnienia zasobów zachodziła wyłącznie przez udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia publicznego w charakterze podwykonawcy. Wskazała, iż w przypadku usług projektowych, będących usługami intelektualnymi nośnikiem wiedzy i doświadczenia jest przede wszystkim czynnik ludzki.

W konsekwencji uznała, że przekazanie wiedzy i doświadczenia może odbyć się przez udostępnienie potencjału kadrowego tj. osób, które będą fizycznie zaangażowane w realizację projektu, wykorzystując podczas jego realizacji zdobytą wiedzę i doświadczenie. Natomiast w treści zobowiązania wskazano, że podmiot trzeci oddeleguje do wykonawcy personel (osoby) w celu wykonywania usług projektowych, posiadający doświadczenie w wykonywaniu usług projektowania, który będzie wykonywać czynności projektowe pod bezpośrednim nadzorem i kierownictwem wykonawcy i w ramach jego zespołu projektowego.

W ocenie Izby, zobowiązanie podmiotu trzeciego złożone przez wykonawcę ██████████ p. z o.o. w Poznaniu w wyniku wezwania do uzupełnienia, wskazuje, że zasób w postaci wiedzy i doświadczenia został udostępniony w sposób rzeczywisty.

Zdaniem Izby, zarzut dotyczący antydatowania zobowiązania podmiotu trzeciego nie został w żaden sposób uprawdopodobniony przez odwołującego. Zarzutu tego nie uprawdopodobnia okoliczność, że wykonawca ██████████ nie wykazał już na etapie składania ofert, że korzysta z udostępnionych mu zasobów podmiotu trzeciego.

Izba stwierdziła, że zobowiązanie podmiotu trzeciego udostępniającego zasób w postaci wiedzy i doświadczenia odnosi się do sytuacji, która obiektywnie istniała przed upływem składania ofert, dlatego też brak jakichkolwiek podstaw aby kwestionować złożony dokument jako wystawiony po terminie składania ofert.

Izba oddaliła wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków w osobach, które podpisały zobowiązanie do udostępnienia zasobów wskazując, że okoliczności, na jakie został powołany ten dowód - data i okoliczności sporządzenia zobowiązania - wynikają z treści samego dokumentu.

Izba oddaliła również wniosek o zawieszenie postępowania odwoławczego do czasu wydania orzeczenia przez Trybunał Sprawiedliwości UE i udzielenia odpowiedzi na pytania prejudycjalne wystosowane w sprawach C -324/14 oraz C-387/14 a także wniosek o złożenie pytania prejudycjalnego do TSUE wskazując, że w tym stanie faktycznym, mając na uwadze dotychczasowe orzecznictwo sądów powszechnych, Trybunału oraz poglądy doktryny nie zachodzi potrzeba zawieszenia postępowania odwoławczego.

Reasumując stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej:

Mimo uznania za zasadny zarzut zaniechania odtajnienia zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, nie powodowało to jednak konieczności uwzględnienia odwołania. Wykazane naruszenie art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, w świetle uznania za niezasadne zarzutów dotyczących treści samego zobowiązania oraz zaniechania wykluczenia wykonawcy [REDAKTOWANE] z udziału w postępowaniu, pozostawało bez wpływu na wynik przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Na powyższy wyrok skargę wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: [REDAKTOWANE] sp. z o.o. w [REDAKTOWANE] i [REDAKTOWANE] sp. z o.o. w [REDAKTOWANE], zaskarżając orzeczenie to w całości i zarzucając mu naruszenie:

1. art. 191 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie dostatecznego wyjaśnienia sprawy oraz poprzez sprzeczność istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego i tym samym błędne oddalenie odwołania złożonego przez skarżącego,
2. art. 185 ust. 7 ustawy Pzp poprzez naruszenie postanowień Kodeksu postępowania cywilnego w zakresie postępowania przed sądem polubownym (arbitrażowym), w tym naruszenie art. 1194 § 1 k.p.c. i naruszenie art. 1197 § 2 k.p.c.,
3. art. 190 ust. 7 ustawy Pzp poprzez ocenę przez Krajową Izbę Odwoławczą wiarygodności i mocy dowodów bez wszechstronnego rozważenia zebranego materiału,
4. art. 190 ust. 7 w związku z ust. 1 i 6 ustawy Pzp poprzez odmowę przeprowadzenia dowodu wnioskowanego przez skarżącego,
5. art. 182 ust. 1 pkt 1), art. 187 ust. 1 w związku z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie rozpoznania zarzutu odwołania objętego pismem z dnia 18 stycznia 2016 r., wniesionego przed upływem terminu do wniesienia odwołania i błędnego uznania, iż stanowi on niedopuszczalne rozszerzenie odwołania;
6. art. 182 ust. 1 pkt 1), art. 187 ust. 1 w związku z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie rozpoznania zarzutu zaniechania wykluczenia [REDAKTOWANE] sp. z o.o. w [REDAKTOWANE] z postępowania, objętego pismem z dnia 13 stycznia 2016 r., uszczegółowionego pismem z dnia 25 stycznia 2016 r. i błędnego uznania, iż stanowi on niedopuszczalne rozszerzenie odwołania;
7. art. 192 ust. 2 ustawy Pzp poprzez oddalenie odwołania pomimo uwzględnienia przez Izbę zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp, które to naruszenie, niezależnie od pozostałych zarzutów podniesionych w treści odwołania, miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania.
8. art. 192 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp poprzez oddalenie odwołania w zakresie zaniechania odtajnienia zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów, pomimo iż informacje zawarte w tym zobowiązaniu nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - co Izba potwierdziła w uzasadnieniu wyroku;

9. art. 192 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy █████ sp. z o.o. w █████ pomimo iż █████ sp. z o.o. w █████ nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
10. art. 192 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy █████ sp. z o.o. w █████ pomimo iż spółka ta złożyła nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Skarżący wniósł o:

1. zmianę wyroku w pkt 1 poprzez: uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności:
 - unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
 - odtajnienia zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów oraz Wykazu osób;
 - dokonania ponownej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
 - wykluczenia █████ sp. z o.o. w █████ z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp;
 - wykluczenia █████ sp. z o.o. w █████ z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp;
 - powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty skarżącego;
2. zmianę wyroku w pkt 2 poprzez obciążenie kosztami postępowania zamawiającego - przeciwnika skargi;
3. zasądzenie na rzecz skarżącego kosztów sądowych, w tym zwrot wpisu od skargi oraz kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Uzasadnienie skargi stanowiło rozwinięcie postawionych w niej zarzutów, które w swej treści w znakomitej większości stanowiły – konsekwentne – podtrzymywanie argumentacji wyartykułowanej w odwołaniu do Krajowej Izby Odwoławczej. Powtarzanie i przepisywanie jej do niniejszego uzasadnienia jest więc zbędne i tym samym niecelowe.

Nadmienić jedynie należy, iż skarżące konsorcjum podnosiło – w ramach zarzutu zaniechania wykluczenia █████ sp. z o.o. w █████ – brak spełnienia przez tego oferenta warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt. 8.4.1 IDW (Instrukcja dla Wykonawców). Zarzut ten był szczegółowo argumentowany nie tylko w skardze lecz także w dalszych pismach składanych w postępowaniu skargowym. Czyniło to wskazując, że KIO uniemożliwiła przedstawienie tej argumentacji (zawartej w piśmie z dnia 25 stycznia 2016 r.), uznając ją za spóźnioną i właściwą do przedstawiania w odrębnym odwołaniu.

W odpowiedzi na skargę, zamawiający █████ SA. w █████ wniósł o oddalenie skargi w całości. W uzasadnieniu pisma – pełnomocnik zamawiającego – odniósł się merytorycznie do poszczególnych zarzutów skargi. W kolejnym piśmie oraz na rozprawie stanowisko to zostało podtrzymane i uzupełnione, jednocześnie

wnioskowano o zasądzenie od skarżącego konsorcjum kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Przystępujący [redacted] sp. z o.o. w [redacted], w piśmie procesowym z dnia 11 kwietnia 2016 r. wniósł o oddalenie w całości wniesionej skargi oraz zasądzenie od skarżącego na rzecz przystępującego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. W uzasadnieniu pisma – pełnomocnik zamawiającego – odniósł się merytorycznie do poszczególnych zarzutów skargi. Stanowisko zostało podtrzymane na rozprawie.

Pismem z dnia 14 lipca 2016 r., Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przystąpił do postępowania w niniejszej sprawie podnosząc, iż rozpoznając odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: [redacted] sp. z o.o. w [redacted] i [redacted] sp. z o.o. w [redacted] Krajowa Izba Odwoławcza naruszyła przepis art. 192 ust. 2 w zw. z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez nieuwzględnienie odwołania w części dotyczącej zarzutu bezpodstawnego zaniechania odtajnienia zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów, mimo, że Izba ww. zarzut uznała za uzasadniony, a naruszenie to mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

W konsekwencji, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wniósł o uwzględnienie skargi złożonej przez Konsorcjum: [redacted] sp. z o.o. w [redacted] i [redacted] sp. z o.o. w [redacted]

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga zasługiwała na uwzględnienie gdyż wskazane w niej zarzuty miały swe uzasadnione podstawy. Przy czym wskazać należy, iż uwzględnienie skargi następuje chociażby jeden z zarzutów postawionych przez skarżącego okazał się zasadny i doszło do naruszenia ustawy Pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Powyższe wynika jednoznacznie z art. 198f ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Sąd Okręgowy w Warszawie opierał się na całym stanie faktycznym obejmującym przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia (prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego). Nie bez powodu na samym początku niniejszego uzasadnienia pada sformułowanie „prowadzi” postępowanie przetargowe, nie zostało ono bowiem zakończone. Świadczy o tym najlepiej także pkt II c) wyroku tut. Sądu, w którym nakazano zamawiającemu powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Powyższe oznacza, iż Sąd Okręgowy brał pod uwagę dwa wyroki wydane przez Krajową Izbę Odwoławczą, w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Oba mają istotne znaczenie przy rozstrzygnięciu skargi i ocenie prawidłowości postępowania zamawiającego, w świetle obowiązujących przepisów ustawy Pzp.

Pierwszy wyrok zapadł w dniu 2 listopada 2015 r. (Sygn. akt KIO 2276/15) i nie został zaskarżony przez żadną ze stron. Gwoli jedynie jasności, w obu postępowaniach prowadzonych przez KIO były identyczne usytuowania „procesowe” stron i uczestników postępowania, tj. odwołującym – [redacted] spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w [redacted] i „[redacted]” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w [redacted]

Warszawie, zamawiający (co oczywiste – niezmienny) oraz uczestnik po stronie zamawiającego – [redacted] spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w [redacted]

Konsekwencją niezaskarżenia ww. wyroku jest niemożność kwestionowania jego sentencji, a tym samym akceptacja motywów rozstrzygnięcia przez wszystkich uczestników postępowania przetargowego. Orzeczenie to nie zostało poddane ocenie Sądu Okręgowego, tak więc i sąd powszechny jest związany jego ramami.

W związku z powyższym należało zbadać – przy rozpoznaniu kolejnego odwołania – czy postępowanie zamawiającego było zgodne z tym orzeczeniem oraz czy w świetle postawionych zarzutów nie naruszało przepisów ustawy Pzp.

Konsekwencją zaś złożonej skargi było zbadanie przez tut. Sąd, czy stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu zaskarżonego - drugiego - wyroku z dnia 26 stycznia 2016 r., uwzględnia konsekwencje swego wcześniejszego rozstrzygnięcia oraz zasadnie uznaje brak naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, w rozumieniu art. 192 ust. 2.

Bezsporne w sprawie były następujące fakty:

Pierwotnie, składając w dniu 14 sierpnia 2015 r. ofertę – na formularzu ofertowym według wzoru zamawiającego – o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, [redacted] spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w [redacted] złożyła pisemne oświadczenie, iż będzie jedynym wykonawcą zamówienia (k. 17 – 18 akt sprawy). Powyższe znalazło potwierdzenie w dodatkowym oświadczeniu o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (załącznik nr 3 – k. 20 i 21)

W tym samym formularzu ofertowym [redacted] złożyła oświadczenie za jaką cenę i w jakim terminie zostanie to zamówienie publiczne zrealizowane (k. 18).

Ponadto [redacted] oświadczyła, iż oferta liczy sobie 67 stron, a informacje zawarte w ofercie na stronach nr 47 – 67 stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i zostały utajnione, zgodnie z wytycznymi zawartymi w pkt. 14.9 IDW (k. 19). Tymi informacjami były: wykaz usług wraz z oświadczeniem oraz wykaz osób uczestniczących w wykonaniu zamówienia (załącznik nr 14 i 15 – k. 20).

Jednocześnie ww. spółka oświadczyła, że nie będzie polegać na zasobach podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp (k. j.w.).

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 listopada 2015 r. orzekła (k. 380):

Uwzględnia odwołanie, nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 8 października 2015 r., powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym wezwaniu [redacted] Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, a także nakazuje odtajnienie wykazu usług oraz oświadczenia Wykonawcy [redacted] z o.o. (z wyłączeniem informacji o wynagrodzeniu), a także korespondencji dotyczącej referencyjnej usługi. W pozostałym zakresie zarzutów nie uwzględnia.

Przypomnieć należy, iż w pkt 8.4.1 Instrukcji dla Wykonawców (IDW), zamawiający wymagał od każdego z wykonawców wykazania się niezbędną wiedzą i doświadczeniem, tj. *wykonania w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy – w tym okresie, jednej usługi polegającej na opracowaniu dokumentacji przetargowej (obejmującej opracowanie projektu budowlanego i projektu wykonawczego uwzględniających standardy AGC i AGTC) dla budowy lub modernizacji lub przebudowy zelektryfikowanej linii kolejowej, obejmującej swym zakresem łącznie co najmniej 2 szlaki oraz 1 stację kolejową posiadającą 2 tory zasadnicze i minimum 5 torów stacyjnych oraz minimum 4 krawędzie peronowe.*

Pierwotnie, █████ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w █████ w wykonaniu ww. zobowiązania i wykazania własnego doświadczenia wskazała na umowę, w której była podwykonawcą faktycznie wykonującą dokumentację projektową, mimo iż na dokumentacji tej występowała jako jednostka projektowa █████ S.A. (k. 387 verte). Znamienne, iż także powyższa umowa było wykonywana w ramach zamówienia publicznego na rzecz tego samego zamawiającego – bezsporne.

W uzasadnieniu wyroku z 2 listopada 2015 r., KIO m.in. nie miała – przy bezspornej treści umowy podstawowej – jakichkolwiek wątpliwości, że wykonanie dokumentacji projektowej zleconej podwykonawcy, tj. █████ spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w █████ stanowiło naruszenie istotnych warunków wykonania zamówienia publicznego.

█████ miało bowiem zawartą (w dniu 23 lipca 2008 r.) przedmiotową umowę referencyjną z █████ a nie z █████

KIO stwierdziło więc, że o należyтым wykonaniu zamówienia nie decyduje samo osiągnięcie celu zamówienia, ale również realizacja tego zamówienia przy zachowaniu wszystkich istotnych postanowień umowy. Skoro zamawiający wykluczył udział podwykonawcy przy wykonywaniu tej części zamówienia (istotnej z punktu widzenia warunku udziału w postępowaniu), to spełnienie świadczenia przez podwykonawcę stanowiło istotne uchybienie warunkom wykonania umowy. W ocenie Izby, nie miało znaczenia dla oceny wykonania usługi, jako niezgodnej z umową podstawową, ewentualne ustalenie, czy umowa o podwykonawstwo została wykonana w sposób prawidłowy.

W związku z powyższym Izba uznała, iż zarzut zaniechania wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że █████ posiada wymaganą wiedzę i doświadczenie zasługiwał na uwzględnienie. Ponieważ zaś złożone dokumenty (wykaz oraz poświadczenie) nie potwierdzały, iż █████ spełnia warunek udziału w postępowaniu uznała, iż wykonawca nie przedłożył dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganej wiedzy i doświadczenia (podkreślenie Sądu Okręgowego).

KIO uznało to – jeszcze raz należy to powtórzyć – prawomocnie, bez zakwestionowania przez jakiegokolwiek uczestnika postępowania przetargowego.

Przy czym - w ocenie Sądu Okręgowego - Krajowa Izba Odwoławcza bazowała na brzmieniu oferty złożonej przez █████ na formularzu ofertowym zamawiającego, w której spółka złożyła jednoznaczne oświadczenie o wykonywaniu zamówienia we własnym zakresie. Krajowa Izba Odwoławcza nie mogła przy rozstrzyganiu odwołania w tym konkretnym stanie faktycznym antycypować modyfikacji/zmiany oświadczeń █████ zawartych w złożonej ofercie. Spółka ta – dopiero w wykonaniu wyroku KIO – uznała jednak, że nie jest w stanie wykazać stosowną dokumentacją, spełnienia warunków udziału w postępowaniu (własnymi siłami). Wymogowi

zawartemu w pkt. 8.4.1 IDW mogła sprostać lecz konieczne było skorzystanie z doświadczenia i potencjału, w szczególności osobowego innego podmiotu – o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Dlatego w sentencji wyroku z dnia 2 listopada 2015 r. oraz jego uzasadnieniu, KIO nie wspomina nic o możliwości uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, wyłącznie w zakresie własnego doświadczenia. Sąd wskazuje na ten aspekt sprawy gdyż był on podnoszony w toku postępowania skargowego jako jeden z argumentów za bezzasadnością zarzutu skargi.

Stanowisko Sądu Okręgowego jest jednoznaczne, oświadczenie zawarte w pkt. 10 formularza oferty stanowiło integralny element oferty. Nie było to – jak stwierdziła KIO – jedynie oświadczenie o sposobie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, który można w dowolnym momencie zmieniać. Na ofertę składa się nie tylko oferowana przez potencjalnego wykonawcę cena czy też wskazany czas wykonania umowy lecz także sposób wykonania umowy, czy to siłami własnymi, czy też w rzeczywistości w oparciu o potencjał innego podmiotu, którego w ofercie nie wymieniono. Nie można mówić także o zaniechaniu czy też pominięciu tego aspektu w ofercie, a następnie na skutek uzupełnienia dokumentacji doprecyzowania. █████ złożyła oświadczenie nie tylko wiedzy ale także woli samodzielnego wykonania umowy, poprzez jednoznaczne zaprzeczenie (skreślenie w formularzu oferty) o korzystaniu w jakiegokolwiek formie z zasobów, potencjału podmiotu trzeciego.

Teza, iż oświadczenie powyższe nie stanowi elementu, a więc treści oferty nie została przekonująco przez KIO zaprezentowana. Wskazano – na poparcie tego stanowiska – na jakoby istniejące i ugruntowane poglądy doktryny i orzecznictwa, lecz takich poglądów nie zaprezentowano. Sąd Okręgowy wskazuje jedynie przykładowo na wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 28 lipca 2015 r. (Sygn. akt I ACa 280/15), z uzasadnienia tego orzeczenia wynika jednoznacznie, iż wskazanie przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie publiczne, określonego podmiotu jako wykonawcy, stanowiło treść złożonej oferty.

Pełnomocnik █████ Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w █████, na rozprawie przed Sądem Okręgowym wskazał na istnienie rozbieżnego orzecznictwa KIO w tym aspekcie. Przyznał, iż w orzecznictwie tym istnieje także stanowisko o niemożności zmiany podmiotu trzeciego, z którego potencjału/zasobów chciałby oferent korzystać przy wykonywaniu zamówienia publicznego. Czyli nie jest możliwa zmiana mająca mniejsze znaczenie (oferent od początku deklarował korzystanie z potencjału innego podmiotu) lecz jednocześnie możliwa jest zmiana w sytuacji gdy oferent jednoznacznie wykluczył jakąkolwiek formę uczestnictwa podmiotu trzeciego. Stanowisko takie – jako nielogiczne – nie do zaakceptowania przez tut. Sąd Okręgowy.

W ocenie Sądu Okręgowego należy odróżnić pojęcie „kryteria oceny ofert” o jakich mowa w art. 91 ustawy Pzp od pojęcia „treść oferty”, na którą składa się ogół oświadczeń potencjalnego wykonawcy składanych w tym wypadku na formularzu oferty, według wzoru wskazanego i wymaganego przez wykonawcę.

Ponadto, nie można także zapominać, iż Krajowa Izba Odwoławcza wskazała w sentencji wyroku z dnia 2 listopada 2015 r. także standard postępowania zamawiającego przy ponownym badaniu i ocenianiu oferty █████. Zamawiający miał nakazane przez Izbę **odtajnienie wykazu usług oraz oświadczenia wykonawcy █████** elementów

niezbędnych/koniecznych, w ramach dokumentacji potwierdzającej posiadanie przez ww. spółkę wymaganego własnego doświadczenia.

Zamawiający ten jednoznaczny nakaz całkowicie zlekceważył, a Krajowa Izba Odwoławcza to w swym drugim orzeczeniu – wyroku z dnia 26 stycznia 2016 r. – błędnie usankcjonowała.

W odpowiedzi bowiem na wezwanie z dnia 24 listopada 2015 r., w którym zamawiający wskazywał na brakujące oświadczenia lub dokumenty dotyczące oferty, Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu 30 listopada 2015 r. uzupełniła ofertę (tak oświadczyła) poprzez:

- 1) wskazanie nowej usługi na potwierdzenie posiadania wiedzy i doświadczenia;
- 2) wskazanie nowych osób na stanowiska: Koordynator Projektu, Projektant branży torowej, Projektant branży mostowej.

Jednocześnie zarówno wykaz usług jak i wykaz osób wraz z oświadczeniem o posiadaniu uprawnień zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wszystkie te dokumenty zostały utajnione przed innymi oferentami, a więc także przed skarżącym Konsorcjum – bezsporne.

Abstrahując od oceny intencji jakie legły u podstaw utajnienia tych dokumentów i oświadczeń (choć ich lektura – strona trzecia rzeczzonego pisma – potwierdza fakt braku posiadania własnego doświadczenia), to nie mógł tego skutecznie czynić, a zamawiający uwzględnić. Stało to w jawnej sprzeczności z treścią wyroku KIO z 2 listopada 2015 r.

Utajnienie trwało nie tylko do czasu wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 08 stycznia 2016 r. lecz stan ten trwał w momencie składania odwołania przez skarżące konsorcjum – bezsporne. Na marginesie wspomnieć należy, iż wskazywał na konieczność utajnienia współpracy z podmiotem zagranicznym, tymczasem była to Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w

Dopiero w dniu 14 stycznia 2016 r., w którym KIO przesłało zamawiającemu informację o wpłynięciu odwołania Konsorcjum oraz w dniu 21 stycznia 2016 r., i co najważniejsze w odpowiedzi na zarzuty w odwołaniu postawione, zamawiający – uwzględniając częściowo zarzuty – odtajnił następujące dokumenty:

- wezwanie zamawiającego do z 24 listopada 2015 r.;
- odpowiedź z 30 listopada 2015 r.;
- uzupełniony wykaz usług oraz korespondencja zamawiającego dotycząca ustalenia czy wykazana usługa została wykonana należycie.

Zamawiający nie odtajnił/udostępnił zobowiązania podmiotu trzeciego oraz wykazu osób (strona 16 uzasadnienia zaskarżonego wyroku KIO – k. 81 verte).

W związku z takim postępowaniem zamawiającego, odwołujące się Konsorcjum sporządziło dwa pisma stanowiące odpowiedź na otrzymane dokumenty i nowe stanowisko przeciwnika odwołania. Pierwsze pismo było złożone w terminie otwartym do wniesienia odwołania, tj. w dniu 18 stycznia 2016 r. Drugie pismo z dnia 25 stycznia 2016 r. stanowiło odpowiedź na stanowisko zamawiającego z dnia 21 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza podjęła następujące decyzje:

- 1) zarzuty dotyczące utajnienia dokumentów wskazane w odwołaniu z 13 stycznia 2016 r., w zakresie odtajnionym przez zamawiającego uznała za bezprzedmiotowe;
- 2) zarzuty podniesione przez odwołującego dopiero w pismach z dnia 18 stycznia 2016 r. oraz 25 stycznia 2016 r. pozostawiła bez rozpoznania;
- 3) pozostałe zarzuty dotyczące utajnienia dokumentów (zobowiązanie podmiotu trzeciego oraz wykaz osób) wskazane w odwołaniu z 13 stycznia 2016 r. zostały uwzględnione lecz naruszenia te nie wypełniały dyspozycji art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Powyższe postępowanie Krajowej Izby Odwoławczej nie zostało zaakceptowane przez Sąd Okręgowy.

KIO nie wskazała podstawy prawnej odnośnie ww. decyzji wskazanej w pkt. 1). Nie mogła tego uczynić gdyż w chwili rozpoznawania i orzekania, takich możliwości nie przewidywał art. 186 ustawy Pzp. Obecnie możliwe jest skupienie się na pozostałych, nieuznanych zarzutach – vide art. 186 ust. 4a ustawy Pzp.

Izba powinna więc była uznać zarzut utajnienia w tym zakresie za zasadny i przyznany przez zamawiającego a nie uznać za bezprzedmiotowy, tym bardziej gdy był to jeden zarzut – bezpodstawnego utajnienia. Składał się jedynie z kilku enumeratywnie wymienionych elementów. To stanowisko KIO było tym bardziej bezzasadne, gdy pozostałe elementy tego zarzutu zostały przez Izbę uwzględnione. Dzielenie zarzutu na części nie miało żadnych racjonalnych i prawnych podstaw.

Decyzja wskazana w pkt. 2), została podjęta przez KIO z powołaniem się na podstawę prawną z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. Izba uznała, że nie może orzekać odnośnie zarzutów, które nie były zgłoszone w odwołaniu z 13 stycznia 2016 r. i odwołującemu przysługuje odwołanie od nowej czynności zamawiającego. Jednocześnie bezsporne jest, iż KIO (w innym już składzie), postanowieniem z dnia 18 lutego 2016 r. odrzuciła odwołanie na czynność zamawiającego z dnia 21 stycznia 2016 r., uznając odwołanie za wniesione po terminie.

Sąd Okręgowy w pełni zgadza się ze stanowiskiem skarżącego Konsorcjum, iż kolejne pisma stanowiły wyłącznie uzupełnienie odwołania, w reakcji na stanowisko „procesowe” zamawiającego wyartykułowane w postępowaniu odwoławczym przed KIO.

Oznacza to brak rozpoznania w zasadniczej części istoty odwołania. Sąd Okręgowy nie miał jednak możliwości prawnych uchylenia wyroku KIO lecz musiał rozpoznać sprawę merytorycznie, a więc także te elementy odwołania, które bezpodstawnie KIO pominęła.

Nie obroniło się także stanowisko KIO, w którym powołało podstawę prawną oddalenia odwołania, tj. art. 192 ust. 2 ustawy Pzp (ww. pkt 3). Nie można było ignorować pierwszego wyroku KIO z listopada 2015 r., w którym uwzględniono odwołanie i nakazano odtajnienie dokumentów i oświadczeń składanych przez [REDAKTOWANE] i ponowną – zgodną z przepisami ustawy Pzp – analizę ofert oraz wybór najkorzystniejszej.

Tymczasem przy ponownym rozpoznaniu tego aspektu, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza *de facto*, że ponowne utajnienie było w całości bezzasadne (w części przyznane i ujawnione

przez zamawiającego w toku postępowania odwoławczego, w pozostałej części uznane przez Izbę za naruszające art. 8 ust. 3 ustawy Pzp). Jednocześnie jednak utajnienie nie mające tym razem wpływu na postępowanie o udzielnie zamówienia.

Ten dualizm nie zasługiwał na aprobatę, co zostało słusznie zarzucone zarówno przez skarżące Konsorcjum jak i Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Stanowisko i szczegółową argumentację, przedstawione w piśmie PUZP z dnia 14 lipca 2016 r. (k. 479 – 482), Sąd Okręgowy uznaje za własne.

Takie zachowanie zamawiającego naruszało także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Nie trzeba tego aspektu zbytnio rozwijać. Nie może być mowy o zachowaniu uczciwej konkurencji, jeśli jeden z oferentów bezpodstawnie utajnia istotną dokumentację, a zamawiający to wadliwe utajnienie aprobuje.

Kolejny zarzut jaki został wskazany przez skarżące Konsorcjum i uznany przez Sąd Okręgowy to zarzut oddalenia odwołania mimo nie wykazania przez [REDAKTOWANE] spełnienia warunków udziału w postępowaniu poprzez wskazanie referencyjnej usługi [REDAKTOWANE], która nie spełniała wymagań SIWZ. Zarzut ten można byłoby pominąć w omawianiu z uwagi na uznanie przez Sąd Okręgowy, iż [REDAKTOWANE] podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, tj. braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu z powodu niewykazania posiadania doświadczenia własnego, spełniającego kryteria z pkt. 8.4.1 IDW.

Nie odniesienie się jednak do tego zarzutu mogłoby być jednak słusznie odczytane jako kolejne przejście obok zarzutów sformułowanych w toku postępowania odwoławczego, tj. w piśmie z dnia 25 stycznia 2016 r. Byłoby to mimowolnym usankcjonowaniem przez Sąd nieprawidłowego postępowania Krajowej Izby Odwoławczej.

Spór dotyczył kwestii wykazania „doświadczenia”. Pamiętając o całości treści pkt. 8.4.1 IDW, należy skupić się na poniższej jego części:

„...jednej usługi polegającej na opracowaniu dokumentacji przetargowej (obejmującej opracowanie projektu budowlanego i projektu wykonawczego uwzględniających standardy AGC i AGTC”.

Skarżące Konsorcjum wskazywało, iż dokumentacja złożona przez [REDAKTOWANE], a wykonana przez [REDAKTOWANE] Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową uwzględniała wyłącznie standard AGTC. Przedmiotem analizy była umowa na „Opracowanie dokumentacji projektowej z elementami dokumentacji przetargowej dla zadania inwestycyjnego pn. *„Modernizacja linii kolejowej nr [REDAKTOWANE] - [REDAKTOWANE]*”.

Odwołujący/Skarżący podnosił, iż zgodnie z Instrukcją PKP PLK SA nr Id-12 (Charakterystyka linii zarządzanych przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A) linia kolejowa nr [REDAKTOWANE] na odcinku od km 5.040 do 355.904 jest wyłącznie linią AGTC (a nie linią uwzględniającą jednocześnie standardy AGTC i AGC).

Zgodnie zaś z Europejską Umową o Ważniejszych Międzynarodowych Liniach Transportu Kombinowanego (AGTC) ustalona minimalna prędkość na danej linii kolejowej AGTC winna wynosić **120 km/h**. Zgodnie natomiast z Europejską Umową o Głównych Liniach

Kolejowych (AGC) minimalna projektowana prędkość dla linii istniejącej modernizowanej winna wynosić 160 km/h.

Zamawiający w SIWZ dla postępowania „Opracowanie dokumentacji projektowej z elementami dokumentacji przetargowej dla zadania inwestycyjnego pn. „Modernizacja linii kolejowej nr [REDAKTOWANE]”, określił zakres zamówienia, aby urządzenia zaprojektować do wymagań dla linii o prędkości 120 km/h, a w przypadku urządzeń srk na przejazdach: dostosować istniejące urządzenia ssp kategorii C i B do $V_{max}=120$ km/h (odcinek [REDAKTOWANE]). Zamawiający wskazał więc na tym odcinku, że linia jest objęta jedynie standardem AGTC. Brakowało więc projektu o standardzie AGC. W konsekwencji doświadczenie [REDAKTOWANE] na które powoływał się [REDAKTOWANE] nie spełniało wymagań z pkt 8.4.1 IDW dla przedmiotowego postępowania przetargowego.

W skardze podnoszono, iż zamawiający w całości uznał powyższą argumentację w odpowiedzi na odwołanie rozpoznawane przez Krajową Izbą Odwoławczą, w postępowaniu prowadzonym pod sygn. akt KIO 129/16. Oświadczył bowiem jednoznacznie, że ww. dokumentacja projektowa nie uwzględniała standardu AGC. Na rozprawie przed Sądem Okręgowym nikt temu faktowi nie zaprzeczył, wręcz przeciwnie fakt ten został przez wszystkich potwierdzony. [REDAKTOWANE] nie zgadzał się z tym stanowiskiem i przedstawiał merytoryczne argumenty w piśmie z dnia 11 kwietnia 2016 r. (k. 372 – 375).

Sąd Okręgowy się z tymi argumentami zapoznał lecz nie były one przekonujące. Na wstępie należy odrzucić argumentację prezentowaną przez [REDAKTOWANE] (przyznać trzeba, że w końcowej fazie wyводу), iż ten sam zarzut można postawić ofercie skarżącego Konsorcjum (pkt IV.2.4 pisma, k. 374 – 375). Oferta skarżącego Konsorcjum nie została przez kogokolwiek zakwestionowana i nie była (bo być nie mogła) przedmiotem merytorycznej analizy sądu. Nawet gdyby przyjąć czysto hipotetycznie, że obie są równorzędne w tym aspekcie, czyli obie nie wykazują wymaganego doświadczenia to i tak nie wpływałoby to na sytuację procesową [REDAKTOWANE] w tym postępowaniu skargowym.

Sąd Okręgowy zgadza się ze stwierdzeniem, że wymóg doświadczenia dotyczył nie tego czy prace projektowe dotyczyły linii zaklasyfikowanej jako AGC tylko czy dokumentacja projektowa wykonana przez [REDAKTOWANE] spełniała standardy dla tego typu linii, a ściśle rzecz ujmując – zgodnie z zapisem pkt. 8.4.1 IDW – uwzględniała standard AGC.

[REDAKTOWANE] Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDAKTOWANE] przyznała, że jednym ze standardów linii AGC jest minimalna prędkość drogowa wynosząca 160 km/h. Jednocześnie, wskazała sądowi na możliwość odstępstwa „wyjątkowo” od tego standardu i na dowód powyższego przedstawiła wykaz linii zakwalifikowanych jako AGC mimo niższej prędkości konstrukcyjnej (k. 372 verte).

Lista ta liczy 11 linii, lecz nie ma pośród nich linii nr 273 – bezsporne.

Kolejne wywody [REDAKTOWANE] zmierzały do przekonania sądu, jaki jest aktualny stan (dokładnie - na dzień 17 września 2015 r.). Wskazywano, iż linia 273 choć nie jest zakwalifikowana jako AGC to posiada prędkość konstrukcyjną 160 km/h, czyli w tym wypadku nie ma różnic między linią AGC i AGTC.

Spółka [REDAKTOWANE] nie wykazała jednak, że sporządziła dokumentację projektową spełniającą standard AGC dla linii będącej wyłącznie linią AGTC. Próbowano jedynie wykazać, że w międzyczasie zmienił się stan faktyczny i teraz linia 273 spełnia standard AGC, choć nadal

jest zakwalifikowana wyłącznie jako AGTC. Za nieprzekonujące, sąd uznał także argumenty o wymogach dotyczących dokumentacji projektowej, która powinna być zgodna z Umową Europejską o głównych międzynarodowych liniach kolejowych (AGC) Genewa 1985.05.31 (Dz. U. Nr 42/1989, poz. 231).

Sąd nie neguje tego wymogu, pytanie zasadnicze natomiast było czy wymóg ten został spełniony. Za tym – *a priori* – nie może świadczyć jedynie potwierdzenie należytego wykonania umowy przez zamawiającego. Nie wystawia on żadnych certyfikatów, a po za tym w innym postępowaniu zmienił diametralnie swe stanowisko, o czym już było wspomniane.

Na koniec odnieść się zdawkowo należy do zarzutu zaniechania wykluczenia Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDAKTOWANE], na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Sąd Okręgowy w motywach swego rozstrzygnięcia nie odniósł się do zarzutu skargi dotyczącego „antydatowania” zobowiązania podmiotu trzeciego. Nie uczynił tego gdyż zarzut ten w świetle innych, omówionych już zarzutów nie miał żadnego znaczenia przy rozstrzygnięciu zasadności skargi. Z całą pewnością jednak nielogiczna, a tym samym błędna była argumentacja KIO, oddalająca wniosek dowodowy strony zmierzający do wykazania postawionego zarzutu i jednocześnie wskazująca w uzasadnieniu swego wyroku na brak uprawdopodobnienia tego zarzutu. Oczywiście jest, iż tylko ewentualne zeznania świadków mogły wykazać, iż widniejąca na określonym dokumencie data nie jest zgodna z rzeczywistością.

Jeśli nie doszło do przerobienia dokumentu to dowód z opinii biegłego byłby bezcelowy. Mówiąc wprost innego środka dowodowego w tej sytuacji nie sposób było wnioskować. Przepis mówiący o zakazie stosowania dowodu ze świadków ponad osnowę dokumentu (w k.p.c. – art. 247) nie miał zastosowania. Świadczenie nie mieli dowodzić innej treści oświadczeń woli złożonych w dokumencie lecz wyłącznie faktycznego czasu kiedy to niekwestionowane oświadczenie zostało złożone.

Reasumując, [REDAKTOWANE] Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDAKTOWANE] podlegała wykluczeniu z postępowania przetargowego, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przetargowym.

Konsekwencją powyższego była konieczność odrzucenia oferty [REDAKTOWANE] Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDAKTOWANE] – zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Obowiązkiem zamawiającego pozostaje wybór oferty najkorzystniejszej z pośród wykonawców, którzy nie zostali wykluczeni a ich oferty uznane za spełniające wymogi SIWZ.

O kosztach orzeczono zgodnie z art. 198f ust. 5 PZP, na podstawie którego strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku. Określając wysokość kosztów w treści orzeczenia, sąd uwzględnia także koszty poniesione przez strony w związku z rozpoznaniem odwołania.

Przepis ten ustala zatem wyłącznie zasadę odpowiedzialności za wynik procesu, usankcjonowaną w art. 98 k.p.c.

Na koszty postępowania skargowego składały się koszty poniesione przez skarżącego, to jest opłata od skargi w wysokości 75 000 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika

skarżącego, którego wysokość Sąd Okręgowy ustalił, mając na uwadze wartość przedmiotu sporu w niniejszej sprawie.

W Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych, brak jest bowiem regulacji dotyczących stawek wynagrodzenia w sprawach ze skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, jak też w sprawach o zbliżonym charakterze. Z całą pewnością postępowanie skargowe rozpoznawane przez sąd nie ma charakteru postępowania zbliżonego do postępowania skargowego o uchylenie wyroku sądu polubownego.

W związku z tym, Sąd Okręgowy o wysokości wynagrodzenia pełnomocnika skarżącego Konsorcjum orzekł na podstawie § 2 pkt 7 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 1 wspomnianego Rozporządzenia.



Na oryginale właściwe podpisy

za zgodność

Andrzej Sobiechowski Sekretarz
Wiktoria Bogdan

SSO Magdalena Nałęcz

SSO Andrzej Sobiechowski

SSO Wiktor Piber