

WYROK
z dnia 6 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 3 lipca 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 czerwca 2017r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. G. spółka Akcyjna z siedzibą w S., (...) i G. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S, ul. (...)** postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto P. z siedzibą w P., (...)**,

przy udziale **wykonawcy G. S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W, ul. (...)** zgłaszającym swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1229/17 po stronie zamawiającego

orzeka:

1a. umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 8 ustawy i w pozostałym zakresie:

1b. uwzględnia odwołanie w zakresie czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu Odwołującego: Konsorcjum Firm: 1. G. SA - Lider Konsorcjum (Pełnomocnik), (...); 2. G. sp. z o.o. - Członek Konsorcjum, ul. (...); z adresem dla siedziby pełnomocnika: (...) i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazuje wezwanie odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych do uzupełnienia oświadczenia – wykazu usług, w taki sposób, aby z jego treści wynikał przedmiot usługi, a co najmniej czynności, których wykonania wymagał zamawiający w postawionym warunku udziału w postępowaniu określonym w pkt V.1.2 lit. a) SIWZ (z dotychczas złożonego oświadczenia to nie wynika, zaś wezwanie z 28.02.2017 r. Izba uznała za nieprecyzyjne i wadliwe, co skutkuje uznaniem nakazanego wezwania za pierwsze). Izba nakazuje również wezwanie do złożenia dowodów potwierdzających należyte wykonanie wskazanych w uzupełnionym wykazie czynności, w szczególności tych czynności, które dotychczas nie zostały wymienione w referencjach jako należyte wykonane, tj.

1

a) przestrzennego modelu parametrycznego;

b) krótkometrażowego filmu wysokiej jakości (min. HD 1440) prezentującego wyniki pomiarów i model parametryczny.

Powyższe wezwanie dotyczy w szczególności konieczności uzupełnienia wykazu usług w zakresie wykonania inwentaryzacji podziemnej infrastruktury sieciowej za pomocą bezinwazyjnych, kombinowanych pomiarów radiodetekтором i georadarem, w wyniku którego precyzyjnie zidentyfikowano:

- położenie, średnice i rzędne przekrycia i dna oraz przyłączy studni kanalizacyjnych i teletechnicznych,

- trasy, średnice zewnętrzne i rzędne osi rur i kabli,

nieoznaczone wcześniej na mapach obiekty jak np.: nieużywana infrastruktura sieciowa, puste przestrzenie, niewybuchy, fundamenty, inne niezidentyfikowane obiekty. Nadto, Izba nakazuje wezwać odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych w zakresie identycznych pytań (obu), jak w wezwaniu z 28.02.2017 r. wraz ze wskazaniem kontekstu zdanych pytań, zwłaszcza pytania pierwszego – zgodnie z ustaleniem z opinii biegłych powołanych przez zamawiającego – pismo z 23.02.2017 r. (ustalenia – Ad. I i II pkt 6) wraz z żądaniem przedłożenia dowodów z uwagi na charakter obszaru wykazywanej usługi (wezwanie w tym trybie może być nakazywane więcej niż jeden raz, nadto konieczne są dalsze wyjaśnienia). W pozostałym zakresie oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **Miasto P. z siedzibą w P., (...)** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr**

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. G. spółka Akcyjna z siedzibą w S., (...) i G. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S., ul. (...)** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Miasta P. z siedzibą w P., (...)** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. G. spółka Akcyjna z siedzibą w S., (...) i G. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S., ul. (...)** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie : osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego.

2

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Poznaniu**.

Przewodniczący:

3

Sygn. akt KIO 1229/17

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na inwentaryzację geodezyjną, geotechniczną i architektoniczną wraz z aktualizacją map do celów projektowych dla zadania inwestycyjnego „Projekt Centrum” zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 grudnia 2016r. nr ...

W dniu 6 czerwca 2017r. zamawiający wykluczył wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. G. spółka Akcyjna z siedzibą w S., (...) i G. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S., ul. (...) - odwołujący z postępowania i ich ofertę odrzucił na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16, a w dniu 9 czerwca 2017r. także na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 17 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy. Zamawiający podniósł, że odwołujący nie mógł wykonać usługi referencyjnej, gdyż według wykazu usług wykonywał usługę od 14 listopada 2016r do 31 stycznia 2017r., a z pisma Urzędu Miasta st. W. wynika, że w dniu 17 stycznia 2017r. zgłosił prace geodezyjne, a materiały niezbędne do wykonania usługi zostały mu wydane w dniu 20 stycznia 2017r., a termin zakończenia tych prac ma przypaść na 31 grudnia 2017r. i na dzień 16 maja 2017r. odwołujący nie zgłosił zakończenia prac, a ponadto T. W, M. P. W. i K., S. W. W. D. A. M. O. N., B. R. P. W. nie wynika uzgadnianie czy wykonywanie prac na zlecenie i za wiedzą tych instytucji. Nadto według oświadczenia na rozprawie odwołujący oświadczył, że nie wykonywał pomiaru geodezyjnego na terenie zamkniętym, co oznacza, że nie objął pomiarem pierzei budynków Służb Wywiadu Wojskowego. Te wszystkie okoliczności w ocenie zamawiającego powodowały, że odwołujący wprowadził go w błąd, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu, a takie wprowadzenie w błąd miało istotny wpływ na decyzje zamawiającego W dniu 14 czerwca 2017r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 13 czerwca 2017r. udzielonego przez pełnomocnika obu wykonawców i podpisanego przez prezesa zarządu G. i prokurenta samoistnego G., zgodnie z odpisami z KRS. Złożono także pełnomocnictwo dla pełnomocnika wykonawców z dnia 3 lutego 2017r. udzielonego przez firmę G. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 14 czerwca 2017r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 26 ust. 3 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2017 roku wydanego w połączonych do rozpoznania sprawach o sygnaturze akt KIO 567/17, KIO 660/17, w szczególności zaniechanie wezwania do uzupełnienia oświadczenia - wykazu usług, w taki sposób, aby z jego treści wynikał przedmiot usługi, a co najmniej czynności, których wykonania wymagał

4

zamawiający w postawionym warunku udziału w postępowaniu określonym w pkt V.1.2 lit. a) siwz (z dotychczas złożonego oświadczenia to nie wynika, zaś wezwanie z 28.02.2017 r. Izba uznała za nieprecyzyjne i wadliwe, co skutkuje uznaniem nakazanego wezwania za pierwsze);

- art. 26 ust. 3 i 4 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2017 roku wydanego w połączonych do rozpoznania sprawach o sygnaturze akt KIO 567/17, KIO 660/17, w szczególności zaniechanie złożenie dowodów potwierdzających należyte wykonanie wskazanych w uzupełnionym wykazie czynności, w szczególności tych czynności, które dotychczas nie zostały wymienione w referencjach jako należycie wykonane, tj.

a) przestrzennego modelu parametrycznego;

b) krótkometrażowego filmu wysokiej jakości (min. HD 1440) prezentującego wyniki pomiarów i model parametryczny;

- art. 26 ust. 4 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2017 roku wydanego w połączonych do rozpoznania sprawach o sygnaturze akt KIO 567/17, KIO 660/17 w zakresie identycznych pytań (obu), jak w wezwaniu z 28.02.2017 r. wraz ze wskazaniem kontekstu zdanych pytań, zwłaszcza pytania pierwszego - zgodnie z ustaleniem z opinii biegłych powołanych przez zamawiającego - pismo z 23.02.2017 r. (ustalenia - Ad. I i II pkt 6) wraz z żądaniem przedłożenia dowodów z uwagi na charakter obszaru wykazywanej usługi;

- art. 26 ust. 4 ustawy przez niewezwanie odwołującego do wyjaśnień w zakresie realizacji, w szczególności zaś daty zakończenia, zgłoszonej usługi geodezyjnej w związku z uzyskanymi informacjami od Urzędu Miasta st. W. w dniu 26 maja 2017 roku w zakresie zgłoszenia do realizacji usługi geodezyjnej przez odwołującego;

- art. 24 ust. 5 pkt 16 i 17 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy przez uznanie, że odwołujący wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że odwołujący nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu wskazując usługę, której nie wykonywał, a także przedstawienie przez Wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu i zaniechania zażądania przedstawienia odpowiednich dokumentów zgodnie z treścią art. 24 ust. 5 pkt 16 ustawy;

- art. 24 ust. 4 ustawy przez uznanie oferty za odrzuconą jako konsekwencji nieuzasadnionego wykluczenia odwołującego z postępowania;

- z ostrożności procesowej art. 24 ust. 8 ustawy przez niezastosowanie względem odwołującego procedury tzw. samooczyszczenia wobec stwierdzenia przez zamawiającego w toku powtórnego badania oferty odwołującego zaistnienia przesłanek do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 16 lub 17 ustawy;

5

- art. 24 ust. 5 pkt 3 ustawy w związku z art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy przez niewykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy G. S. Sp. z o.o. (dalej wykonawca G.) mimo iż, jak wynika z podejmowanych czynności wskazanych w treści odwołania pozostaje on w takich stosunkach prawnych lub faktycznych, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób;

- art. 7 ust. 1 ustawy poprzez niezapewnienie prowadzenia postępowania zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji oraz art. 8 ust. 1 przez udostępnianie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przed podjęciem decyzji o nieskuteczności ich zastrzeżenia, a w przypadku, gdy informacja ta nie została przekazana za wolą i wiedzą zamawiającego, także nieinformowania o fakcie posiadania przez innych wykonawców informacji chronionych przez odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie:

- unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania z dnia 6 czerwca 2017 roku, następnie poprawionej w dniu 9 czerwca 2017,

- nieważnienia ewentualnego wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, również w przypadku gdy czynność ta nastąpiła po terminie wniesienia odwołania,

- nakazania ponownego przeprowadzenia czynności oceny i badania złożonych przez odwołującego dokumentów w zakresie potwierdzającym spełnianie warunków udziału, w szczególności w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu i wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2017 roku wydanego w połączonych do rozpoznania sprawach o sygnaturze akt KIO 567/17, KIO 660/17,

- wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy G. jako pozostającego w takich stosunkach prawnych lub faktycznych z zamawiającym lub osobami działającymi w jego imieniu, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób i uprzywilejowanego traktowania wykonawcy G. w szczególności udostępniania mu lub pozwolenia na poznanie informacji będących tajemnicą przedsiębiorstwa odwołującego, jak również ustalania działań i treści pism zamawiającego,

- wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący stwierdził, że złożył w postępowaniu ważną ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych ustalonych kryteriów.

W dniu 13 marca 2017 roku odwołujący otrzymał od zamawiającego informację o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy i uznaniu jego oferty za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy. W ocenie zamawiającego odwołujący nie wykazał się spełnianiem warunków udziału w postępowaniu określonych w siwz w zakresie wykonania inwentaryzacji podziemnej infrastruktury sieciowej za pomocą bezinwazyjnych, kombinowanych pomiarów radiodetekтором i georadarem, w wyniku którego precyzyjnie zidentyfikowano:

6

• położenie, średnice i rzędne przekrycia i dna oraz przyłączeń studni kanalizacyjnych i teletechnicznych

• trasy, średnice zewnętrzne i rzędne osi rur i kabli,

• nieoznaczone wcześniej na mapach obiekty jak np.: nieużywana struktura sieciowa, puste przestrzenie, niewybuchy, fundamenty inne niezidentyfikowane obiekty.

Czynność wykluczenia poprzedzona była następującymi czynnościami zamawiającego:

- czynność wezwania do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału dokonana na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy w dniu 10 lutego 2017 roku;

- czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków dokonana na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy w dniu 28 lutego 2017 roku, odnośnie wykazu usług w zakresie warunku udziału w postępowaniu określonego w V.1.2) a) siwz oraz dowodów potwierdzających należyte wykonanie wskazanych w uzupełnionym wykazie czynności, w szczególności tych, które nie zostały do tej pory wymienione w referencjach, tj: wykonanie przestrzennego modelu parametrycznego oraz wykonanie krótkometrażowego filmu wysokiej jakości (min HD 1440) prezentującego wyniki pomiarów i model parametryczny;

- czynność wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów dokonana na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy w dniu 28 lutego 2017 roku, w zakresie możliwości wykonania przez odwołującego pomiarów georadarem i radiodetekтором w zakresie warunku określonego w V.1.2 a) siwz w związku z bezpośrednim sąsiedztwem budynków i infrastruktury służb wywiadu wojskowego oraz M. O. N., a także wyjaśnienia, czy usługa ta była realizowana w ramach zamówienia publicznego oraz w jakich charakterze - wykonawcy czy podwykonawcy.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwania zamawiającego złożył:

- w dniu 15.02.2017 roku dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu,

- w dniu 6.03.2017 roku w odpowiedzi na wezwanie uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy - uzupełnienie dokumentów w wymaganym zakresie, to jest uzupełniony wykaz usług we wskazanym zakresie oraz uzupełniając potwierdzenie należytego wykonania tych usług,

- w dniu 6.03.2017 roku w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy - wyjaśnienia w zakresie udziałowego pytania.

Od czynności zamawiającego, odwołujący wniósł w dniu 23.03.2017 r. odwołanie wskazując w szczególności na uchybienia zamawiającego w procedurze badania i oceny oferty odwołującego, w szczególności nieprawidłowe zastosowanie art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy. Odwołanie to zostało uwzględnione wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia

7

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 22.03.2017 r., jak i czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą z 13.03.2017 r.,

- powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której Izba nakazała wezwanie odwołującego w trybie art.26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych do uzupełnienia oświadczenia - wykazu usług, w taki sposób, aby z jego treści wynikał przedmiot usługi, a co najmniej czynności, których wykonania wymagał zamawiający w postawionym warunku udziału w postępowaniu określonym w pkt V.1.2 lit. a) siwz (z dotychczas złożonego oświadczenia to nie wynika, zaś wezwanie z 28.02.2017 r. Izba uznała za nieprecyzyjne i wadliwe, co skutkuje uznaniem nakazanego wezwania za pierwsze).

Złożenie dowodów potwierdzających należyte wykonanie wskazanych w uzupełnionym wykazie czynności, w szczególności tych czynności, które dotychczas nie zostały wymienione w referencjach jako należycie wykonane, tj.

a) przestrzennego modelu parametrycznego;

b) krótkometrażowego filmu wysokiej jakości (min. HD 1440) prezentującego wyniki pomiarów i model parametryczny.

Powyższe wezwanie dotyczy w szczególności konieczności uzupełnienia wykazu usług w zakresie wykonania inwentaryzacji podziemnej infrastruktury sieciowej za pomocą bezinwazyjnych, kombinowanych pomiarów radiodetekтором i georadarem, w wyniku którego precyzyjnie zidentyfikowano:

- położenie, średnice i rzędne przekrycia i dna oraz przyłączy studni kanalizacyjnych i teletechnicznych,
- trasy, średnice zewnętrzne i rzędne osi rur i kabli,
- nieoznaczone wcześniej na mapach obiekty jak np.: nieużywana infrastruktura sieciowa, puste przestrzenie, niewybuchy, fundamenty, inne niezidentyfikowane obiekty.

Nadto, Izba nakazała wezwać odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych w zakresie identycznych pytań (obu), jak w wezwaniu z 28.02.2017 r. wraz ze wskazaniem kontekstu zdanych pytań, zwłaszcza pytania pierwszego - zgodnie z ustaleniem z opinii biegłych powołanych przez zamawiającego

- pismo z 23.02.2017 r. (ustalenia - Ad. I i II pkt 6) wraz z żądaniem przedłożenia dowodów z uwagi na charakter obszaru wykazywanej usługi (wezwanie w tym trybie może być nakazywane więcej niż jeden raz, nadto konieczne są dalsze wyjaśnienia).

Żadna ze stron ani też uczestnik postępowania odwoławczego G. nie wnieśli na wyżej wskazany wyrok skargi.

Zamawiający realizując postanowienia Izby, wykonał wyrok w zakresie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 22.03.2017 r., jak i czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą z 13.03.2017 r. W pozostałym zakresie czynności dokonywane przez zamawiającego w postępowaniu nie realizują, w ocenie odwołującego, treści orzeczenia Izby, w szczególności zaś zamawiający zaniechał powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w ramach której Izba nakazała wezwanie odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy oraz złożenie dowodów potwierdzających należyte wykonanie wskazanych w uzupełnionym wykazie czynności, a także wezwania odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy do złożenia wyjaśnień we wskazanym przez Izbę zakresie.

W dniu 6 czerwca 2017 roku zamawiający przesłał do odwołującego informację o wykluczeniu wykonawcy i uznaniu jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy. Podanym przez zamawiającego powodem wykluczenia odwołującego jest wprowadzenie zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że odwołujący nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu „wskazując usługę, której nie wykonywał”, a także przedstawienie przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu. Wykluczenie dokonane zostało w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy. Następnie w dniu 9 czerwca 2017 roku odwołujący został zawiadomiony przez zamawiającego o uzupełnieniu powyższej decyzji o wykluczenie również na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Podkreślić należy, że zamawiający nie unieważnił czynności wykluczenia z dnia 6 czerwca 2017 roku, a jak wynika z pisma z dnia 9 czerwca 2017 roku, jedynie ją poprawił dodając w uzasadnieniu dodatkową podstawę prawną i usuwając

informację o złożeniu doniesienia o popełnieniu przestępstwa do prokuratury. Odwołujący z ostrożności procesowej uznaje zatem, że czynności wykluczenia nastąpiła w dniu 6 czerwca 2017 roku.

Uzasadniając dokonanie wykluczenia odwołującego zamawiający wskazał, że z zebranych w aktach postępowania dokumentów wynika, że odwołujący nie mógł wykazywanej przez siebie usługi wykonać na dzień złożenia swojej oferty. Zamawiający wskazał na pisma i oświadczenia Urzędu m. st. W., B. G. i K. z dnia 16 i 26 maja 2017, T.W. Sp. z o.o. z dnia 16 maja 2017, M. P. W. i K. w m. st. W. z dnia 22 i 26 maja 2017 roku, S. W.W. z dnia 15 maja 2017 roku, D. A. M. O. N. z dnia 12 maja 2017 roku i w końcu B. R. P. W. z dnia 18 maja 2017 i 1 czerwca 2017 roku. Pisma te nie stanowią załączników do informacji o wykluczeniu. Zamawiający opierając się o treść wyżej wskazanych pism uznał, iż oświadczenia w nich zawarte dowodzą, że odwołujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

9

Odwołujący nie zgadza się z decyzją zamawiającego i uważa, że została ona podjęta z naruszeniem przepisów prawa.

1.

W pierwszej kolejności odwołujący wskazał, że zamawiający zobligowany był do wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2017 roku wydanego w połączonych do rozpoznania sprawach o sygnaturze akt KIO 567/17, KIO 660/17, którego nie wykonał w zasadniczej jego części. Podkreślił, że w sentencji wyroku Izba bardzo szczegółowo określiła czynności do wykonania których zobligowany był zamawiający. Jeżeli nie zgadzał się on z treścią orzeczenia uprawniony był on do wniesienia skargi, czego nie uczynił, wyrok zatem stał się prawomocny.

Zamawiający w dniu 18 maja 2017 roku poinformował odwołującego pismem, że wykonując wyrok Izby unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu. Poinformował równocześnie, że przystępuje do ponownego badania oferty odwołującego, uznając już na tym etapie część informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa odwołującego za zastrzeżone nieskutecznie, czemu odwołujący nie sprzeciwił się.

Również dnia 18 maja 2017 roku, zamawiający wystąpił do Urzędu m. st. W., B.G. i K., T. W. Sp. z o.o., M. P. W. i K. w m. st. W., S. W. W., D. A. M. O. N. oraz B. R. P. W z pytaniem, czy Odwołujący lub też podmiot na rzecz którego wykonana była referencyjna usługa, realizowały za wiedzą i przyzwoleniem lub na wniosek tych jednostek lub urzędów w okresie ostatnich 12 miesięcy prace geodezyjne w rejonie AL (...) w W. na odcinku od skrzyżowania z ul. (...) do ul. (...), polegające w szczególności na wykonaniu inwentaryzacji:

a) jezdní ulic, krawężników, skrzyżowań, chodników, zieleni miejskiej, torowisk, wnętrza studni kanalizacyjnych i teletechnicznych, słupów trakcyjnych, latarni ulicznych, znaków drogowych w AL ...i i elewacji budynków po obu stronach ww. ulicy metodą skaningu laserowego 3D,

b) położenia, średnic i rzędnych przekrycia i dna oraz przyłączy studni kanalizacyjnych i teletechnicznych, tras, średnice zewnętrznych i rzędnych osi rur i kabli, nieoznaczonych wcześniej na mapach obiektów jak np.: nieużywana infrastruktura sieciowa, puste przestrzenie, niewybuchy, fundamenty, inne niezidentyfikowane obiekty za pomocą bezinwazyjnych, kombinowanych pomiarów radiodetektozem i georadarem

c) wykonaniu modelu parametrycznego ww. budynków i infrastruktury.

Zamawiający wnioskował również w pismach o przesłanie kopii zgłoszeń prac lub zawartej umowy.

W odpowiedzi na pisma, zamawiający otrzymał od Urzędu Miasta st. W. w dniu 26 maja 2017 roku informację o zgłoszeniu przez odwołującego w dniu 17 stycznia 2017 roku, a więc w terminie ostatnich 12 miesięcy, prac geodezyjnych obejmujących wskazany teren. Urząd

10

potwierdził również wydanie odpowiednich materiałów, o które wnioskował odwołujący.

Urząd wskazał również, że do dnia sporządzenia pisma odwołujący nie zawiadomił o zakończeniu tych prac. Kopię pisma odwołujący otrzymał w odpowiedzi na wniosek o wgląd do dokumentacji postępowania.

Zamawiający udostępnił również odwołującemu na wniosek kopie pisma z dnia 26 maja 2017 roku od M. P. W. i K. w m. st. W. do zamawiającego, informujące, że we wskazanym okresie nie dokonano zleceń prac geodezyjnych do odwołującego czy też wystawcy referencji.

Zamawiający nie udostępnił odwołującemu natomiast pism i oświadczeń, Z. D. M., T. W. Sp. z o.o., S. W. W., D. A. M. O. N. oraz B. R. P. W., na które powołał się w decyzji o wykluczeniu odwołującego, będących odpowiedzią na pisma kierowane przez zamawiającego.

Zamawiający, na wniosek odwołującego, udostępnił odwołującemu natomiast kopie pism od M. P. W. i K. w m. st. W., Z. D. M., T. W. Sp. z o.o., S. W. W., D. A. M. O. N. oraz B. R. P. W., jednak adresowane do wykonawcy G., uczestnika postępowania. Pisma te zostały przekazane przez G. do zamawiającego w dniu 24 maja 2017 roku i stanowiły odpowiedź na pismo G. kierowane do Urzędu m. st. W., B. G. i K., T. W. Sp. z o.o., M. P. W. i K. w m. st. W., Z. D. M., T. W. Sp. z o.o., S. W. W., D. A. M. O. N. oraz B. R. P. W. w dniu 4 maja 2017 roku, przy czym co odwołujący podkreślił, treść tych pism jest w brzmieniu niemal identyczna jak treść pism zamawiającego kierowanych do tych podmiotów w dniu 18 maja 2017 (czyli przed uzyskaniem, przynajmniej oficjalnym, ich treści od G.).

W takim stanie faktycznym odwołujący stwierdził, że zamawiający prowadząc postępowanie dopuścił się do naruszenia w szczególności przepisów art. 7 ust. 1 ustawy - prowadząc postępowanie w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji oraz art. 26 ust. 3 i 4 ustawy poprzez zaniechanie wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2017 roku wydanego w połączonych do rozpoznania sprawach o sygnaturze akt KIO 567/17, KIO 660/17.

Istotą wyroku Izby, było uznanie, że uprzednio dokonane wobec odwołującego czynności wezwania do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków były na tyle nieprecyzyjne, że nie sposób przyznać im rangi wezwania do uzupełnienia, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy oraz wezwania do wyjaśnienia, o którym mowa w art. 26 ust. 4 ustawy. W zakresie w jakim wniesione było odwołanie zamawiający zobowiązany był zatem do dokonania odpowiednich nakazanych wyrażnie w sentencji wyroku czynności odnoszących się do wykazania się przez odwołującego spełnianiem warunków udziału w postępowaniu określonych w siwz w zakresie wykonania inwentaryzacji podziemnej infrastruktury sieciowej za pomocą bezinwazyjnych, kombinowanych pomiarów radiodetekтором i georadarem, w wyniku którego precyzyjnie zidentyfikowano:

11

- położenie, średnice i rzędne przekrycia i dna oraz przyłączeń studni kanalizacyjnych i teletechnicznych,
 - trasy, średnice zewnętrzne i rzędne osi rur i kabli,
 - nieoznaczone wcześniej na mapach obiekty jak np.: nieużywana struktura sieciowa, puste przestrzenie, niewybuchy, fundamenty inne niezidentyfikowane obiekty.
- Czynności te to w szczególności: wezwanie do uzupełnienia oświadczenia - wykazu usług, w taki sposób, aby z jego treści wynikał przedmiot usługi, a co najmniej czynności, których wykonania wymagał zamawiający w postawionym warunku udziału w postępowaniu określonym w pkt V,1.2 lit.a) siwz oraz wezwanie do złożenia dowodów potwierdzających należyte wykonanie wskazanych w uzupełnionym wykazie czynności, w szczególności tych czynności, które dotychczas nie zostały wymienione w referencjach jako należycie wykonane, tj.

a) przestrzennego modelu parametrycznego;

b) krótkometrażowego filmu wysokiej jakości (min. HD 1440) prezentującego wyniki pomiarów i model parametryczny.

Odwołujący takich czynności w postępowaniu nie podjął, do czego był zobligowany wyrokiem Izby, która stwierdziła wprost, że poprzednie wezwania były wadliwe, a zatem traktuje się jako niebyłe.

Jednocześnie zamawiający dysponując oświadczeniem odwołującego o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, wykazem usług referencyjnych złożonym w terminie składania oferty przez odwołującego, referencjami i dodatkowymi wyjaśnieniami od wystawcy referencji, a także prawomocnym wyrokiem Izby, podjął działania zmierzające do wykluczenia odwołującego na innej podstawie prawnej, takiej, która zwalniałaby go ewentualnie z obowiązku prowadzenia procedur wynikających z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, twierdząc tym razem, że odwołujący w ogóle referencyjnej usługi nie wykonywał. Dowodami

tego mają być oświadczenia podmiotów trzecich wskazanych przez zamawiającego. Zamawiający pomija jednak fakt, że co najmniej z jednego pisma - Urzędu Miasta st. W. z dnia 26 maja 2017 roku, wprost wynika, że w dniu 17 stycznia 2017 roku odwołujący zgłosił realizację prac geodezyjnych na terenie wskazanym w referencji, co w kontekście posiadanych już przez zamawiającego informacji jest wystarczającym potwierdzeniem realizacji przez odwołującego prac, a co najmniej ich uprawdopodobnieniem, co jest wystarczające do tego, by nie zaszczyły podstawy do zastosowania względem odwołującego z postępowania art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy i stwierdzenia, że usługa taka nie była w ogóle wykonywana. Ponadto deklarowana w zgłoszeniu roboty geodezyjnej data 31 grudnia 2017 roku jako dzień przewidywanego zakończenia ewentualnego wprowadzania zmian w bazach państwowego zasobu geodezyjnego nie pozostaje w żadnej relacji, ani w jakimkolwiek związku faktem ani datą wykonania umowy z klientem, który jest wystawcą referencji. Urząd

12

Miasta st. W. nie jest bowiem podmiotem odbierającym prace wynikające z umowy i oceniającym w jakimkolwiek sposób ich wynik. Odwołujący wskazał, że zamawiający z niebywałym wręcz zacięciem próbuje wszystkimi możliwymi środkami uniknąć wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, zapominając tym samym o realizacji norm przepisów prawa. Podczas rozprawy przed Izbą w dniu 11 kwietnia 2017 ani zamawiający, ani przystępujący wykonawca G. nie kwestionowali realizacji referencyjnej usługi przez odwołującego. Również z wyroku Izby nie wynika, by zaistniały jakiegokolwiek okoliczności mogące być podstawą do stwierdzenia przez kogokolwiek, że odwołujący tej usługi nie wykonał co do zasady. Podnoszono, że usługa ta nie jest zgodna w określonych aspektach z warunkami określonymi dla usługi referencyjnej w siwz pod tym czy innym względem, jednak do 6 czerwca 2017 roku, zamawiający nigdy nie stawiał tak daleko idących tez względem wykazanego doświadczenia odwołującego, kwestionując je w całości i co do zasady. Co istotne, zamawiający nie kwestionował w toku całego poprzedniego badania oferty odwołującego, że usługa nie była wykonywana, ale że wykonana została niezgodnie z warunkami udziału w postępowaniu, a zatem nie może stanowić usługi referencyjnej. Odwołujący podkreślił, że Izba w wyroku z dnia 12 kwietnia 2017 wyraźnie wskazała, że „nie ma żadnych przeszkód, aby wraz z nakazaniem wezwaniem dodatkowo wezwać do wyjaśnień, w zakresie innych kwestii budzących wątpliwości zamawiającego, czemu dawał wyraz zamawiający na rozprawie.(...) Jednakże każdorazowo wykonawca winien znać kontekst pytania, zwłaszcza jeśli jest ono zadane niejako w wyniku określonych wątpliwości innego wykonawcy. Konsekwencją tego jest, czego Izba wielokrotnie doświadczyła dołączenie takiego pisma do wezwania w trybie art. 26 ust. 4 ustawy z wnioskiem o ustosunkowanie odwołujący twierdzi zatem, że ewentualne zastosowanie przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy, winno być poprzedzone i tak nakazanymi przez Izbę czynnościami, a także ewentualnym wezwaniem odwołującego do wyjaśnień, również w zakresie pozyskanych przez zamawiającego bezpośrednio lub od G. pism i oświadczeń. Jeżeli nawet zamawiający chciałby uznać, że wobec ewentualnego wystąpienia przesłanek do wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy zwolniony jest z obowiązku stosowania z art. 26 ust. 3 ustawy w związku z jego brzmieniem in fine („ (...)chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania”), to nie jest on zwolniony ze stosowania stanowiącego przepis bezwzględnie obowiązujący art. 26 ust. 4 ustawy, który podobnego wyłączenia jak art. 26 ust. 3 ustawy nie zawiera, a nadto jego zastosowanie zostało wprost wskazane w wyroku Izby również w stosunku do innych iż objęte wyrokiem z dnia 12 kwietnia 2017 wątpliwości zamawiającego względem oferty odwołującego. Każda bowiem informacja mogąca

13

skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego winna być wyjaśniona przez zamawiającego z zainteresowanym wykonawcą niezależnie od ustaleń poczynionych w oparciu o twierdzenia podmiotów trzecich, w szczególności że nie są to ich oświadczenia woli, ale oświadczenia wiedzy. Taki jest sens art. 26 ust. 4 ustawy. Odwołujący wskazał tu chociażby na orzeczenie Sądu Okręgowego w T. z dnia 06 grudnia 2012 r., sygn. akt VI Ga 134/12, orzeczenie Sądu Okręgowego w K. z dnia 11 kwietnia 2013

r., sygn. akt XIX Ga 179/13, orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 czerwca 2014 roku, sygn. akt KIO 1048/14, wyrok Sądu Okręgowego w K. z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09) Dodatkowo odwołujący podkreślił, że przesłanka wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy stanowi, że wykluczeniu podlega wykonawca, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Ustawodawca zatem sam wskazuje, że przed stwierdzeniem istnienia tej podstawy do wykluczenia zamawiający miałby obowiązek ustalić, czy odwołujący jest w stanie przedstawić wymagane dokumenty, w tym przypadku dokumenty potwierdzające wykonanie referencyjnego zamówienia, których zresztą przedstawienie jako dowodów nakazywał wyrok Izby z dnia 12 kwietnia 2017 roku. Zgodnie z wyrokiem bowiem zamawiający zobligowany był do żądania od odwołującego min. „przedłożenia dowodów z uwagi na charakter obszaru wykazywanej usługi (wezwanie w tym trybie może być nakazywane więcej niż jeden raz, nadto konieczne są dalsze wyjaśnienia)”, a także złożenia dowodów potwierdzających należyte wykonanie wskazanych w uzupełnionym wykazie czynności, w szczególności tych czynności, które dotychczas nie zostały wymienione w referencjach jako należycie wykonane, tj. a) przestrzennego modelu parametrycznego; b) krótkometrażowego filmu wysokiej jakości (min. HD 1440) prezentującego wyniki pomiarów i model parametryczny”. Umożliwienie przedstawienia przez odwołującego przestrzennego modelu parametrycznego z potwierdzeniem daty jego wykonania oraz filmu prezentującego wyniki pomiarów i model parametryczny - również z potwierdzoną datą jego sporządzenia, a także wszelkich innych dowodów usunęłoby jakiegokolwiek wątpliwości po stronie zamawiającego, czy usługa referencyjna została wykonana i to w określonym przez odwołującego terminie. Oświadczenia wiedzy pochodzące od podmiotów trzecich, na które powołuje się zamawiający, nie mają w sprawie znaczenia i nie mogą być w niej dowodem, w szczególności na niewykonanie usługi referencyjnej, gdy żaden z podmiotów do których zamawiający czy też wykonawca G. wystąpił nie były zlecającym ani odbiorcą usługi, co odwołujący już wyjaśniał wcześniej w toku postępowania. Oświadczenia te potwierdzają jedynie, że dla tych podmiotów, do których pisma były kierowane usługa geodezyjna nie była

14

realizowana, a nie to, że usługa taka w ogóle nie była wykonywana. Również stwierdzenie odwołującego z poprzedniego odwołania o „zgłoszeniu wszelkich prac terenowych odpowiednim służbom” nie oznacza ich zgłoszenia do M. O. N., czy S. W. W., gdyż M. O. N. nie nadzoruje prac geodezyjnych prowadzonych poza terenami zamkniętymi MON, Natomiast odpowiedź uzyskana z Urzędu Miasta st W. wskazuje, że usługa referencyjna na wskazanym obszarze mogła być realizowana i w tym zakresie zamawiający powinien zażądać dalszych wyjaśnień od odwołującego (w trybie art. 26 ust. 4 ustawy i w oparciu o nakaz zawarty w wyroku Izby z dnia 12 kwietnia 2017 roku) względnie, skorzystać z uprawnień wynikających z § 2 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z którym w sytuacji gdy wykaz, oświadczenia lub inne złożone przez wykonawcę dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie. Z tego uprawnienia zamawiający, według posiadanej wiedzy, nie skorzystał. Zamawiający nie miał zatem żadnych przesłanek, by uznać, opierając się wyłącznie na treści pism i oświadczeń pochodzących od T. W. Sp. z o.o., M. P. W. i K. w m. st. W., S. W. W., D. A. M. O. N. oraz B. R. P. W., że jakiegokolwiek oświadczenie złożone przez odwołującego w postępowaniu mogłoby wprowadzać zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że odwołujący nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu wskazując usługę, której nie wykonywał, a także przedstawiać informacje wprowadzające w błąd zamawiającego mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu. Zamawiający wyciągnął zatem, w ocenie odwołującego, nieprawdziwe wnioski z pism, które nie dotyczą w rzeczywistości wykonanej usługi.

Z ostrożności procesowej odwołujący wskazał również, że zamawiający w toku procedury badania oferty odwołującego zaniechał zastosowania tzw. procedury samooczyszczenia, o

której mowa w art. 24 ust. 8 ustawy. Procedura ta stosowana jest w przypadku zajścia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy. Przepis ten uprawnia wykonawcę, który podlega wykluczeniu na podstawie min art. 24 ust. 16 lub 17 ustawy, do przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym nieprawidłowemu postępowaniu

15

wykonawcy. Przepisu tego nie stosuje się wyłącznie wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, wobec którego orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu - co w przedmiotowym postępowaniu w odniesieniu do odwołującego nie ma miejsca. Ostrożność procesowa powołania naruszenia tego przepisu wynika z faktu, że odwołujący nie złożył w postępowaniu żadnych oświadczeń, które mogłyby wypełniać zakres przesłanek wykluczenia wykonawcy z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy. Jednakże wobec postawienia przez zamawiającego takiego zarzutu, odwołujący wskazał, nie potwierdzając jednakże tym samym, że zachodzą względem niego jakiegokolwiek przesłanki wykluczenia z art. 24 ustawy, w szczególności zaś art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy, że zamawiający zobowiązany jest przeprowadzić przed podjęciem decyzji o ewentualnym wykluczeniu wykonawcy z postępowania procedurę z art. 24 ust. 8 ustawy. Zgodnie z poglądami wyrażanymi w literaturze fachowej, dowody self - cleaningu powinny być przedstawiane na moment składania wniosków/ ofert, o ile okoliczności naruszenia są znane wykonawcy. Jeśli jednak wykonawca składa ofertę w przekonaniu, że nie zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia - tak jak było to w przypadku odwołującego, a okoliczności te ujawnią się dopiero po terminie złożenia oferty, zamawiający przed podjęciem decyzji o wykluczeniu, powinien zwrócić się o wyjaśnienia – I. S. – K., „Co należy wiedzieć o Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (JEDZ)?” czasopismo zamawiający 2016/20/43-49.

Reasumując, zamawiający mimo bardzo precyzyjnych nakazów wynikających z sentencji orzeczenia Izby z dnia 12 kwietnia 2017 roku, a także obowiązujących przepisów, tj. art. 26 ust. 3 oraz art. 26. ust. 4 ustawy, oraz art. 24 ust. 8 ustawy w związku z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy nie dokonał ciążących na nim obowiązków prawidłowego badania oferty odwołującego. W miejsce przeprowadzenia procedury w ramach postępowania i skierowanej przede wszystkim do odwołującego i podmiotu będącego odbiorcą referencyjnej usługi, zamawiający dokonał czynności, które nie mogą ze swej istoty potwierdzać realizacji przez odwołującego pracy geodezyjnej. Jednocześnie z niezrozumiałych powodów zamawiający odmówił uznania, że treść pisma z Urzędu Miasta st. W. co najmniej uprawdopodobnia wykonanie zgłoszonych prac geodezyjnych i nie przeprowadził w tym zakresie żadnych dalszych badań. Zauważył przy tym należy, że uznanie usługi będącej pracą geodezyjną za wykonaną nie zależy od zgłoszenia zakończenia roboty geodezyjnej Urzędzie Miasta, ale od jej odbioru przez podmiot na którego rzecz usługa była realizowana. Zgłoszenie zakończenia roboty geodezyjnej, o ile w ogóle byłoby celowe, ma charakter działań na gruncie administracyjnym, które nie mają jednak wpływu na udział odwołującego w zamówieniu publicznym, a na pewno nie są dowodem na niewykonanie tych prac, w szczególności, gdy z przedstawionych już zamawiającemu dowodów i oświadczeń realizacja tych prac wynika, a

16

może być dodatkowo wykazana dowodami, których złożenie przez odwołującego na wezwanie zamawiającego nakazywała Izba.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie podczas rozprawy następujących dowodów na okoliczność wykonania przez niego w terminie do 31.01.2017 roku usługi, która obejmowała inwentaryzację podziemnej infrastruktury sieciowej za pomocą bezinwazyjnych, kombinowanych pomiarów radiodetekтором i georadarem, w wyniku którego precyzyjnie zidentyfikowano położenie, średnice i rzędne przekrycia i dna oraz przyłączy studni kanalizacyjnych i teletechnicznych, trasy, średnice zewnętrzne i rzędne osi rur i kabli,

nieoznaczone wcześniej na mapach obiekty jak np.: nieużywana struktura sieciowa, puste przestrzenie, niewybuchy, fundamenty inne niezidentyfikowane obiekty:

- umowa zawarta pomiędzy M. D. M+P. D. A. a G. sp. z o.o. z dnia 16 grudnia 2016 r.
- protokół przekazania opracowania z dnia 27 stycznia 2017 r.
- protokół odbioru opracowania z dnia 30 stycznia 2017 r.
- faktura VAT za opracowanie z dnia 2 lutego 2017 r.
- potwierdzenie dokonania zapłaty kwoty z faktury VAT z dnia 4 kwietnia 2017 r.
- przestrzenny model parametryczny
- zdjęcia z realizacji pomiarów w styczniu 2017 r.
- zdjęcia z urządzenia pomiarowego
- wydruki z przestrzennego modelu parametrycznego BIM
- krótkometrażowy film prezentujący wyniki pomiarów i model parametryczny
- akta sprawy akt KIO 567/17, KIO 660/17.

Odwołujący zarzucił również zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy, tj. pozostawianie osób wykonujących czynności w postępowaniu z wykonawcą G. w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób. W przypadku stwierdzenia istnienia takich powiązań, Odwołujący podniósł również, że zamawiający dopuszcza się naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 3 ustawy przez niewykluczenie wykonawcy G. z udziału w postępowaniu.

Odwołujący zwrócił uwagę na co najmniej dwa zdarzenia zaistniałe w toku postępowania, które wskazują na wysokie prawdopodobieństwo zaistnienia mniej lub bardziej formalnych relacji faktycznych pomiędzy zamawiającym lub osobami wykonującymi w jego imieniu czynności w postępowaniu a osobami reprezentującymi wykonawcę G. Pierwsze z nich dotyczy dostępu przez wykonawcę G. do informacji zastrzeżonych przez odwołującego w toku postępowania, co formalnie nie mogło nastąpić przed dniem 18 maja 2017 roku. Zarówno zamawiający jak i G. utrzymują, że informacja dotycząca przedmiotu usługi referencyjnej oraz podmiotu na rzecz którego była wykonana była przez odwołującego ujawniona w toku postępowania, podczas gdy jest to nieprawda. Oferta odwołującego objęta była zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa co najmniej w zakresie wykazu oraz

17

referencji przedłożonych na potwierdzenie należytego wykonania usług. W toku prowadzonego badania oferty i odpowiedzi na wezwania zamawiającego, wszelkie wyjaśnienia oraz dokumenty, w szczególności zaś pisma z dnia 15.02.2017 r. i 03.03.2017 r. również objęte były klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. W odwołaniu natomiast złożonym przez odwołującego w dniu 23.03.2017 r. nie została zamieszczona ani nazwa wystawcy referencji ani też dokładne wskazanie miejsca realizacji usługi. Informacja o dokładnym miejscu realizacji usługi została co prawda ujawniona przez zamawiającego - z naruszeniem oświadczenia odwołującego złożonego zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy - w złożonym przez niego piśmie procesowym z dnia 5.04.2017 roku (poprzez zamieszczenie cytatu z wykazu załączonego do oferty), jednak nadal nie zamieszczono w nim informacji o odbiorcy usługi referencyjnej. Podczas rozprawy również nie doszło do ujawnienia przez odwołującego czy też jego pełnomocników nazwy podmiotu dla którego realizowana była usługa geodezyjna wskazywana jako referencja, czego potwierdzeniem jest chociażby treść protokołu z posiedzenia i rozprawy w dniu 11 kwietnia 2017 roku. Tymczasem już w dniu 26 kwietnia 2017 roku pełnomocnik wykonawcy G. wystąpił do wystawcy referencji wykorzystanej przez odwołującego o udzielenie informacji i wyjaśnień dotyczącej realizowanej usługi, grożąc jednocześnie temu podmiotowi doniesieniem do prokuratury i C. B. A. w związku ze złożoną przez odwołującego referencją, w treści pisma odwołując się również do treści dokumentu referencyjnego, który nie mógł być dla niego dostępny w inny sposób niż poprzez wgląd do oferty odwołującego. Pismo to zostało przekazane do wiadomości zamawiającego w dniu 2 maja 2017 roku (potwierdzenie prezentaty). Odwołujący zauważył, że czynność uznania zastrzeżenia przez odwołującego tajemnicy przedsiębiorstwa jako nieskutecznej zamawiający wykonał dopiero w dniu 18 maja 2017 roku, czyli ponad dwa tygodnie po powzięciu informacji o fakcie, że wykonawca G. jest w posiadaniu informacji do tego dnia uznawanych w postępowaniu za chronione, co więcej nie powiadomił o tym fakcie odwołującego. Jak wynika z dokumentacji, zamawiający nie powiadomił również wykonawcy G. o odstąpieniu do tej pory zastrzeżonej części oferty. Takie działanie, poza oceną czy postępowanie profesjonalnego pełnomocnika G. nie narusza zasad etyki wykonywania zawodu radcy prawnego, wskazywać może na przepływ informacji pomiędzy zamawiającym

lub osobami którymi się posługuje, czy też które go reprezentują a wykonawcą G. Jak bowiem inaczej wytłumaczyć znajomość przez wykonawcę G. w dniu 26 kwietnia 2017 roku treści zastrzeżonej do dnia 18 maja 2017 roku referencji. Odwołujący wskazał również, że samo ujawnienie przez zamawiającego lokalizacji wykonywanej usługi geodezyjnej nie mogło doprowadzić do poznania podmiotu na rzecz którego usługa była wykonywana, gdyż informacje te nie były podawane do publicznej wiadomości, jako zamówienie realizowane poza rynkiem publicznym.

18

Kolejną sytuacją wskazującą na przepływ informacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą G. poza oficjalnym kanałem przekazu dopuszczalnym dla zamówień publicznych, jest podnoszona wcześniej kwestia wystąpień do Urzędu m. st. W., B. G. i K., T. W. Sp. z o.o., M. P. W. i K. w m. st. W., S. W. W., D. A. M. O. N. oraz B. R. P. W.. Treść pism skierowanych przez G. do tych jednostek w dniu 4 maja 2017 roku jest niemal identyczna jak treść pism skierowanych przez zamawiającego do tych samych podmiotów w dniu 18 maja 2017 roku (różni się okresem jakiego dotyczy pytanie). Z oficjalnej - dostępnej dla odwołującego - części dokumentacji postępowania wynika, że informację o fakcie skierowania takich wystąpień do wskazanych jednostek oraz treści zapytania zamawiający powziął dopiero w dniu 24 maja 2017 roku, kiedy to wykonawca G. poinformował zamawiającego w związku z dokonaną przez niego czynnością unieważnienia wykluczenia odwołującego i wyboru wykonawcy G. z dnia 18 maja 2017 roku, że odwołujący wprowadził zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału, a także nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu, a zatem podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy. Załącznikiem do tego pisma były kopie wystąpień do wskazanych jednostek oraz ich odpowiedzi. Zbieżna treść pism budzi wątpliwości odwołującego i dość jednoznacznie wskazuje na uzgadnianie przez zamawiającego i wykonawcę G. podejmowanych działań, a nawet treści pism, w celu osiągnięcia wspólnego celu jakim jest wybór w postępowaniu oferty wykonawcy G. jako najkorzystniejszej. Odwołując się do stanowiska wyrażonego w literaturze profesjonalnej „Wykluczeniu podlega wykonawca, który wykorzystując nieformalne kontakty z osobami po stronie zamawiającego lub działając wbrew zasadom uczciwej konkurencji próbuje inaczej niż oficjalną drogą uzyskać poufne dane. Za takie należy uznać przede wszystkim informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa konkurentów, które to dane mogłyby zwiększyć jego szanse w uzyskaniu zamówienia.”

Chociaż działanie G. jako wykonawcy w postępowaniu nie może być przedmiotem bezpośrednich zarzutów podnoszonych w odwołaniu, to odwołujący wskazał, na określony sposób działania tego wykonawcy, który daleki jest od uczciwej konkurencji i działań standardowo podejmowanych przez konkurujących wykonawców, w szczególności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W dniu 12 kwietnia 2017 roku Odwołujący stwierdził, iż na jednym z portali branżowych, zmieszczone zostały nieprawdziwe i uderzające w dobre imię odwołującego informacje w brzmieniu: „G.= fałszowane dokumenty, referencje z S., zмовы przetargowe, korupcja i ustawki, brak własnych kadr i sprzętu, niezapłaćeni podwykonawcy i okradana reszta pracowników, kilku prokuratorów na głowie, za to mają bezczelnych cwanych prawników opłacanych przez S.. Takie formy jak G. to powód dla którego porządni geodeci nie mają na chleb. ” (pisownia oryginalna). W toku

19

wszczętego na wniosek G. SA postępowania, prokuratura ustaliła, iż wpis ten został zamieszczony z IP należącego do wykonawcy G. S. Sp. z o.o. z lokalu, w którym ma on swoją siedzibę w W. Sprawa została przekazana do dalszego prowadzenia przez właściwą prokuraturę w W. G. SA rozważa również podjęcie dalszych kroków na drodze cywilnej. Tym niemniej, jak widać z zaistniałej sytuacji, działanie przez G. na granicy prawa lub nawet z jego naruszeniem w celu uzyskania zamówienia publicznego w sposób naruszający uczciwą konkurencję jest akceptowane. Odwołujący ma natomiast nadzieję, że działania takiego nie akceptuje zamawiający i jako odpowiadający za prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający uczciwą konkurencję, co obejmuje również działania występujących w postępowaniu wykonawców, wyciągnie odpowiednie

konsekwencje względem wykonawcy G., a nie będzie wspierał działania takiego wykonawcy.

W dniu 16 czerwca 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania. W dniu 16 czerwca 2017r. do postępowania odwoławczego zgłosił swój udział po stronie zamawiającego wykonawca G. S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., ul. ... wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta ma szansę być wybrana jako najkorzystniejsza, co kwestionuje odwołujący. Tylko w przypadku oddalenia odwołania zgłaszający otrzyma zamówienie. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 16 czerwca 2017r. (brak dowodów)

W dniu 26 czerwca 2017r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie oświadczając, że uwzględnia zarzut odwołującego, że naruszył art. 24 ust. 8 ustawy przez jego niezastosowanie do odwołującego i uniemożliwienie odwołującemu przeprowadzenia procedury samooczyszczenia wobec stwierdzenia przez zamawiającego w toku powtórnego badania oferty odwołującego zaistnienia przesłanek do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt. 16 i 17 ustawy. Zamawiający oświadczył, że unieważni czynność wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty i umożliwi odwołującemu skorzystanie z uprawnienia z art. 24 ust. 8 ustawy. Zamawiający zwrócił się do odwołującego z pismem w sprawie możliwości skorzystania przez niego z instytucji samooczyszczenia. W pozostałym zakresie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania jako niezastługujących na uwzględnienie, a w sytuacji unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego również bezprzedmiotowych.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

20

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. pisma zamawiającego do przystępującego z dnia 24 marca 2017r. wraz z załącznikami, wyroku Izby z dnia 12 kwietnia 2017r. w sprawach sygn. akt KIO 567/17 i KIO 660/17, wniosku przystępującego z dnia 20 kwietnia 2017r. o udostępnienie wykazu usług, poświadczenia i innych dowodów dotyczących doświadczenia posiadanego przez odwołującego oraz opinii biegłych z dnia 23.02.2017r., pism kierowanych przez przystępującego do T. W., M. P. W. i K. w m. st. W., S. W. W. D. A. M. O. N., B. R. P. W., M. D. i uzyskanych przez niego odpowiedzi, pism zamawiającego kierowanych do tych instytucji i uzyskanych przez zamawiającego odpowiedzi, umowy z dnia 16 grudnia 2016r. wraz z załącznikami, zgłoszenia robót geodezyjnych, pisma M. D. z dnia 31 marca 2017r. wydruku z map google dla rejonu al. ... Izba postanowiła oddalić wniosek o przeprowadzenie dowodów z: modelu parametrycznego, fotografii z okresu prowadzonych prac, danych zarejestrowanych na urządzeniu, które posiada w dniu dzisiejszym, które były zbierane w czasie wykonywania zlecenia w miejscu wynikającym z tego zlecenia, także dokumentację fotograficzną pozyskaną z innych urządzeń pomiarowych, wykonanych na innych urządzeniach wykorzystywanych do realizacji zlecenia, wyniki pośrednie, które były pozyskane w toku realizacji usługi na potwierdzenie spełniania warunku, wydruki chmury punktów, pokazanie tej chmury na komputerze, przestrzennego modelu parametrycznego inne wydruki, do których przekazania upoważnił Odwołującego zleceńodawca, film będący wynikiem wizualizacji opracowania, gdyż w ocenie Izby dowody te wykraczają ponad treść sformułowanych zarzutów i żądań. Odwołujący nie twierdzi, że na obecną chwilę wykazał Zamawiającemu spełnienie warunku doświadczenia ale domaga się przeprowadzenia postępowania zmierzającego do uzupełnienia a także oświadczeń dokumentów, przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego. Tym samym przeprowadzenie przed Izbą wnioskowanych dowodów i oczekiwanie oceny tych dowodów przez Izbę prowadziłyby w istocie do zastąpienia orzeczeniem Izby nakazanej zamawiającemu wyrokiem z dnia 12 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 567/17 czynności. Izba nie ma możliwości zastąpienia zamawiającego przy przeprowadzaniu czynności badania ofert wykonawców. Izba może jedynie ocenić zgodność z ustawą czynności lub zaniechania zamawiającego. Izba postanowiła oddalić wniosek dowodowy z dowodu z wydruku skanu przed wszystkim z tego względu, że nie służy on udowodnieniu okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia, z uwagi na brak możliwości ustalenia związku tego dokumentu z usługą

referencyjną.

Izba ustaliła, że zamawiający ani w ogłoszeniu o zamówieniu, ani w siwz, ani w wyjaśnieniach treści nie określił fakultatywnej przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 3 ustawy.

21

Z załączników do pisma zamawiającego z dnia 24 marca 2017r. wynika, że zamawiający w całości przekazał pismo wyjaśniające odwołującego z dnia 3 marca 2017r. przystępującemu w formie jawnej i w treści tego pisma podane jest, że pełnomocnik konsorcjum przedłożył uzupełniony wykaz usług w zakresie postawionym w warunku udziału w postępowaniu oraz oświadczenie wydane przez „M+ Projekt doradztwo architektoniczne”. Odwołujący w tym piśmie zaznaczył, że dowody potwierdzające należyte wykonanie wskazanych usług stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie wyraża zgody na ich ujawnianie. Z odwołania odwołującego wynika przytoczona treść wezwania zamawiającego z dnia 28 lutego 2017r., z której wynika, że zamawiający pytał odwołującego o możliwość wykonania przez odwołującego pomiarów georadarami i radiodetekтором w związku z bezpośrednim sąsiedztwem budynków i infrastruktury służb wywiadu wojskowego oraz Ministerstwa Obrony Narodowej, a także wyjaśnienia czy usługa ta była realizowana w ramach zamówienia publicznego oraz w jakim charakterze wykonawcy czy podwykonawcy.

Izba ustaliła, że w wyroku z dnia 12 kwietnia 2017r. Izba uwzględniła odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 567/17 w zakresie czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu Odwołującego: Konsorcjum Firm: 1. G. SA - Lider Konsorcjum (Pełnomocnik), al. (...); 2. G. sp. z o.o. - Członek Konsorcjum, ul.(...) ; z adresem dla siedziby pełnomocnika: al. (...) i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 22.03.2017 r., jak i czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą z 13.03.2017 r., nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazała wezwanie odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych do uzupełnienia oświadczenia – wykazu usług, w taki sposób, aby z jego treści wynikał przedmiot usługi, a co najmniej czynności, których wykonania wymagał zamawiający w postawionym warunku udziału w postępowaniu określonym w pkt V.1.2 lit. a) SIWZ (z dotychczas złożonego oświadczenia to nie wynika, zaś wezwanie z 28.02.2017 r. Izba uznała za nieprecyzyjne i wadliwe, co skutkuje uznaniem nakazanego wezwania za pierwsze). Izba nakazała również złożenie dowodów potwierdzających należyte wykonanie wskazanych w uzupełnionym wykazie czynności, w szczególności tych czynności, które dotychczas nie zostały wymienione w referencjach jako należycie wykonane, tj.

c) przestrzennego modelu parametrycznego;

d) krótkometrażowego filmu wysokiej jakości (min. HD 1440) prezentującego wyniki pomiarów i model parametryczny.

Powyższe wezwanie dotyczy w szczególności konieczności uzupełnienia wykazu usług w zakresie wykonania inwentaryzacji podziemnej infrastruktury sieciowej za pomocą bezinwazyjnych, kombinowanych pomiarów radiodetekтором i georadarem, w wyniku którego precyzyjnie zidentyfikowano:

22

• położenie, średnice i rzędne przekrycia i dna oraz przyłączy studni kanalizacyjnych i teletechnicznych,

• trasy, średnice zewnętrzne i rzędne osi rur i kabli,

nieoznaczone wcześniej na mapach obiekty jak np.: nieużywana infrastruktura sieciowa, puste przestrzenie, niewybuchy, fundamenty, inne niezidentyfikowane obiekty. Nadto, Izba nakazała wezwać odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych w zakresie identycznych pytań (obu), jak w wezwaniu z 28.02.2017 r. wraz ze wskazaniem kontekstu zdanych pytań, zwłaszcza pytania pierwszego – zgodnie z ustaleniem z opinii biegłych powołanych przez zamawiającego – pismo z 23.02.2017 r. (ustalenia – Ad. I i II pkt 6) wraz z żądaniem przedłożenia dowodów z uwagi na charakter obszaru wykazywanej usługi (wezwanie w tym trybie może być nakazywane więcej niż jeden raz, nadto konieczne są dalsze wyjaśnienia). W pozostałym zakresie oddała odwołanie; Izba w wyroku nie rozstrzygnęła o skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa

odwołującego, bo nie był postawiony taki zarzut, a na marginesie wskazała na przesłanki skuteczności takiego zastrzeżenia.

Izba ustaliła, że po wydaniu tego wyroku przystępujący w dniu 20 kwietnia 2017r. wystąpił do zamawiającego o udostępnienie mu wykazu usług odwołującego, poświadczenia należytego wykonania umowy, innych dowodów związanych z warunkiem doświadczenia oraz opinii biegłych z dnia 23 lutego 2017r.

W dniu 26 kwietnia 2017r. przystępujący sporządził pismo do M. D., w którym wskazał nazwę usługi identyczną w swojej treści jak nazwa nadana przez odwołującego w wykazie usług z dnia 15 lutego 2017r. Przystępujący nie przekazał zamawiającemu odpowiedzi tego podmiotu.

W dniu 9 maja 2016r. zamawiający sporządził notatkę z posiedzenia biegłych, z której wynika, że biegli zarekomendowali zamawiającemu uznanie za nieskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i zalecili przystąpienie do badania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wątpliwości biegłych wyrażonych w pierwotnej ocenie spełniania warunków, okoliczności ujawnionych na rozprawie przed Izbą (pomiarów wektorowe, a nie parametryczne i złożenie oświadczenia o nieobjęciu badaniem pierzei budynku W. W. przy Al. N. w W.) biegli zalecili, że w ramach badania należy przesłać do wskazanych podmiotów zapytania o treści ustalonej podczas spotkania w celu ustalenia czy nie zaistniały okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 16 lub 17 ustawy.

W dniu 18 maja 2017r. zamawiający poinformował o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej dokonany w dniu 22 marca 2017r. oraz czynność polegająca na wykluczeniu odwołującego z postępowania z dnia 13 marca 2017r. W tym dniu zamawiający

23

poinformował odwołującego, że uznał za nieskuteczne zastrzeżenie przez niego tajemnicy przedsiębiorstwa.

W dniu 18 maja 2017r. zamawiający wystąpił do P. W., S. W. W., Z. D. M., M. P. W. i K. w m. st. W., U. M. S. W., T. W., D. A. M. O. N. o udzielenie informacji publicznej czy spółka G. SA lub G. sp. z o.o. lub M. D. prowadzący działalność pod firmą M+P. Doradztwo Architektoniczne działają za wiedzą i przyzwoleniem lub na zlecenie tych instytucji w okresie ostatnich 12 miesięcy wykonali inwentaryzacyjne prace geodezyjne w rejonie Al. N., w W. na odcinku od skrzyżowania z K. do N. i przy części zamawiający dopytywał czy takie zlecenie obejmowało konkretne budynki, a oczekiwał wskazania czy były to prace polegające na wykonaniu inwentaryzacji :

- 1) jezdni ulic, krawężników, skrzyżowań, chodników, zieleni miejskiej, torowisk, wnętrza studni kanalizacyjnych i teletechnicznych, słupów trakcyjnych, latarni ulicznych oraz znaków drogowych w Al. Niepodległości i elewacji budynków po obu stronach ww. ulicy metodą skaningu laserowego 3D
- 2) położenia, średnic i rzędnych przekrycia i dna oraz przyłączy studni kanalizacyjnych i teletechnicznych, tras, średnic zewnętrznych i rzędnych osi rur i kabli, nieoznaczonych wcześniej na mapach obiektów jak np. nie używana infrastruktura sieciowa, puste przestrzenie, niewybuchy, fundamenty, inne niezidentyfikowane obiekty za pomocą bezinwazyjnych, kombinowanych pomiarów radiodetekтором i georadarem
- 3) wykonaniu modelu parametrycznego ww budynków i infrastruktury.

W dniu 19 maja 2017r. .odwołujący wnosił o udostępnienie mu protokołu postępowania i jego załączników.

W dniu 24 maja 2017r. zamawiający pisząc do przystępującego w nawiązaniu do pisma z dnia 20 kwietnia 2017r. dotyczącego udostępnienia protokołu postępowania wraz z załącznikami przekazał odtajnione w dniu 16 kwietnia 2017r. informacje uznane wcześniej za tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 24 maja 2017r. zamawiający cofnął wniosek o udzielenie mu informacji jawnej złożony do Urzędu Miasta Stołecznego W.

W dniu 24 maja 2017r. przystępujący złożył zamawiającemu pismo informujące, że w ocenie przystępującego odwołujący wprowadził zamawiającego w błąd, co do spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Do tego pisma przystępujący załączył pisma z 4 maja 2017r. do Politechniki Warszawskiej, S. W. W., Z. D. M., M. P. W. i K. w m. st. W., Urzędu Miasta Stołecznego W., T. W., D. A. M.

O. N. o udzielenie informacji publicznej wraz z odpowiedziami udzielanymi w okresie od 16 maja 2017r. do 24 maja 2017r. Treść tych pism jest praktycznie identyczna jak treść pism zamawiającego dotyczy dłuższego 36 miesięcznego okresu.

24

Z odpowiedzi tych wynika, że P. W. nie prowadziła postępowania dotyczącego wykonawstwa inwentaryzacyjnych prac geodezyjnych w spornym rejonie, a firmy wskazane przez przystępującego we wniosku nie występują jako wykonawcy zleczanych prac przez uczelnię w tym zakresie,

S. W. W. – nie zawierała ze wskazanymi we wniosku podmiotami umów, o których jest mowa w przedmiotowym wniosku, Z. D. M., M. P. W. i K. w m. st. W. nie zlecało prac polegających na wykonaniu inwentaryzacji geodezyjnej w zakresie i czasie określonym we wniosku wskazanym we wniosku firmom,

Urząd Miasta Stołecznego W. – firma G. w dniu 17 stycznia 2017r. zgłosiła zgłoszenie pracy geodezyjnej obejmującej wskazany teren. Zakładanym celem pracy jest wykonanie pomiarów sytuacyjno-wysokościowych w wyniku których powstanie mapa do celów projektowych. Zakładany termin zakończenia prac to dzień 31 grudnia 2017r.. Zamówione przez wykonawcę materiały niezbędne do wykonywania tej pracy zostały wydane w dniu 20 stycznia 2017r. Do dnia 16 maja 2017r. do Urzędu nie wpłynęło zawiadomienie o zakończeniu wykonywania tej pracy. Przystępujący przedstawił zgłoszenie prac geodezyjnych.

T. W. – że wskazane we wniosku firmy nie zgłaszały prac geodezyjnych w obrębie wskazanego we wniosku torowiska, ani Tramwaje nie otrzymywały zgłoszeń o prowadzonych pracach geodezyjnych w obrębie torowiska, jak również nie zlecały wykonania takich prac,

D. A. M. O. N. – nie zlecał, ani nie uzgadniał wykonywania prac geodezyjnych z żadną z firm wymienionych we wniosku

Zamawiający otrzymywał odpowiedzi na swoje wnioski w okresie od 26 maja 2017r do 5 czerwca 2017r. Odpowiedzi bieżących ze złożonymi przez przystępującego udzieliły M. P. W. i K. m. st. W., B. R. P. W., Urząd Miasta Stołecznego W., który dodatkowo poinformował, że pracą miał być objęty pas o szerokości 30 m od środka Al. ...i w obydwie strony. W dniu 7 czerwca 2017r. zamawiający odpowiedział odwołującemu na wniosek u udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami.

W dniu 20 czerwca 2017r. została sporządzona notatka służbowa z której wynika, że jedyne odtajnienie dokumentów odwołującego nastąpiło w dniu 24 maja 2017r., mimo wielokrotnych wniosków przystępującego i że informacje o miejscu realizacji inwestycji przystępujący powziął z odwołania oraz z pism procesowych zamawiającego i odwołującego. Również z pisma przystępującego do wystawcy referencji wynikała znajomość zastrzeżonych informacji. Powyższe nie wynikało jednak z żadnej korespondencji pomiędzy zamawiającym, a przystępującym.

Do protokołu postępowania na stronach od 10 – 16 znajdują się oświadczenia pracowników zamawiającego w trybie art. 17 ust. 2 ustawy.

25

W dniu 26 czerwca 2017r. zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty dokonanej w dniu 6 czerwca 2017 i poprawionej w dniu 9 czerwca 2017r.

Ze zgłoszenia prac geodezyjnych wynika, że były one zgłoszone w dniu 17 stycznia 2017r. dotyczyły pomiarów sytuacyjno-wysokościowych i przetwarzania rezultatów tych pomiarów w celu wykonania map do celów projektowych dla podmiotu niepublicznego obszar określony w załączniku graficznym, a charakter obiektów położonych na obszarze zgłoszenia wskazano jako powierzchniowy, żądano mapy zasadniczej w postaci wektorowej, opisu topograficznego szczegółowej osnowy geodezyjnej. Na stronie lewej załączonej mapy nie znajdują się zaznaczone obiekty.

Z umowy z dnia 16 grudnia 2016r. wynika, że przedmiotem usługi referencyjnej było wykonanie kompleksowe geodezyjne opracowanie inwentaryzacyjne ulicy i elewacji wraz z opracowaniem wektorowego modelu BIM przestrzeni odcinak ulicy w Al. ... w W. Prace terenowe przy padającym i zalegającym śniegu nie były dopuszczone. Wykonanie przedmiotowej usługi miało być zrobione najpóźniej do 10 lutego 2017r. Z załącznika nr 1 do

tej umowy wynika, że przedmiotem opracowania miała być zachodnia pierzeja budynków Kampusu P. W. wzdłuż Al. ... w W. i m. in. miały być wykonane opracowania obiektów: chodników, jedni, ścieżek rowerowych, torowisk, peronów przystanków zatok miejsc parkingowych, latarni i słupów trakcyjnych instalacji ruchu drogowego, urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego, wiat i skrzynek sterowniczych, wszystkich mediów i dużych obiektów o nieznannej funkcji obszarów zieleni miejskiej. Podstawa opracowania miał być skaniny 3D z użyciem skanera L. P. o dokładności nie gorszej niż 2mm/10m. Kolorowe chmury punktów miały być przekazane w formacie PTX i Leica Cyclone. Położenie i kompletność sieci, przyłączy i urządzeń infrastruktury podziemnej wg mapy zasadniczej będą weryfikowane przez kombinowane pomiary geodezyjne, badania georadarowe w trybie pasywnym i z użyciem generatora indukcyjnego i profilowanie georadarowe. W ostatecznym opracowaniu (modelu BIM) należy przyjmować geometryczne parametry infrastruktury. Wykryte pod ziemią, ale niezidentyfikowane struktury zostaną naniesione i opisane co do prawdopodobnej funkcji lub charakteru na podstawie interpretacji echogramów georadarowych.

Wykonawca miał dostarczyć m. in. wektorowy model 3D przestrzeni ulicy w całym wskazanym zakresie obiektów w formie modelu BIM w formacie IFC 4 oraz przestrzenną chmurę punktów pochodząca ze skaningu laserowego z nałożoną naturalną kolorystyką, a także rejestrację wirtualnego przejazdu ulicą wzdłuż przedmiotowej pierzei w scenarii modelu BIM i chmury punktów. G. zgłosił odbiór prac w dniu 27 stycznia 2017r. W dniu 30 stycznia 2017r. zlecający zaakceptował kompleksowe opracowanie inwentaryzacyjne fragmentu Al.

26

.... i dokonał odbioru prac. W dniu 2 lutego wystawiono fakturę na kwotę 34 440zł. brutto, a w dniu 4 kwietnia 2017r. zlecający zapłacił tę fakturę.

Z pisma M. D. z dnia 31 marca 2017r. wynika, że zgadza się na ich udostępnienie, ale całość dokumentacji oraz informacje o przebiegu realizacji prac stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa. Z wydruku mapy google wynika, że obiekty rozmyte i niebieskie stanowią kwartał w ulicy Al. ... i ul. ..., a także przebiegają w kwartale ul. ... i

Izba ustaliła następujący stan prawny:

Ustawa Prawo zamówień Publicznych:

art. 7 ust. 1 Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 8 ust. 1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Art. 8 ust. 3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

Art. 24. Ust. 1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

Pkt 16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;

Pkt. 17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Art. 24 ust 4. Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Art. 24 ust. 5. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

Pkt 3) jeżeli wykonawca lub osoby, o których mowa w ust. 1 pkt 14, uprawnione do reprezentowania wykonawcy pozostają w relacjach określonych w art. 17 ust. 1 pkt 2–4 z:

- a) zamawiającym,
- b) osobami uprawnionymi do reprezentowania zamawiającego,
- c) członkami komisji przetargowej,
- d) osobami, które złożyły oświadczenie, o którym mowa w art. 17 ust. 2a

– chyba że jest możliwe zapewnienie bezstronności po stronie zamawiającego w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Art. 24 ust. 6 Jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 5, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji.

Art. 24 ust. 8. Wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16–20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu.

Art. 26 ust. 3. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielania wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Art. 26 ust. 4. Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów

§ 2 ust. 6 Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U.2016 poz. 1126) Jeżeli wykaz, oświadczenia lub inne złożone przez wykonawcę dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie.

Ustawa prawo geodezyjne i kartograficzne:

art. 4 ust. 2. Dla terenów zamkniętych, zamiast mapy zasadniczej, sporządza się odrębne mapy zawierające w swojej treści również sieć podziemnego uzbrojenia terenu.

Sporządzanie i aktualizowanie tych map oraz ustalanie granic terenów zamkniętych należy do właściwych ministrów i kierowników urzędów centralnych.

Art. 4 Ust. 2a. Tereny zamknięte są ustalane przez właściwych ministrów i kierowników urzędów centralnych w drodze decyzji. W decyzji tej określone są również granice terenu zamkniętego. Dokumentacja geodezyjna określająca przebieg granic i powierzchnię terenu zamkniętego przekazywana jest przez organy wydające decyzje o zamknięciu terenu właściwym terytorialnie starostom w trybie art. 22.

Art. 4 ust. 2b. Właściwi ministrowie i kierownicy urzędów centralnych zawiadamiają Głównego Geodetę Kraju o ustaleniu terenu zamkniętego oraz podają klauzulę tajności informacji dotyczących obiektów znajdujących się na tym terenie.

Art. 4 ust. 2c. Jeżeli teren utracił charakter terenu zamkniętego, zarządzający nim obowiązany jest przekazać właściwemu staroście dokumentację geodezyjną i kartograficzną oraz sporządzone mapy w celu włączenia ich do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego.

Art. 4 ust. 2d. Nadzór nad pracami geodezyjnymi i kartograficznymi na terenach zamkniętych sprawuje właściwy minister lub kierownik urzędu centralnego.

art. 9 ust. 7. Do kontroli działalności gospodarczej przedsiębiorcy stosuje się przepisy rozdziału 5 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2015 r. poz. 584, z późn. zm.1)).

Art. 9 ust. 8. Kontrola działalności przedsiębiorcy oraz jednostki organizacyjnej, w zakresie wykonywania prac geodezyjnych lub prac kartograficznych, może dotyczyć:

- 1) zgłaszania prac geodezyjnych lub prac kartograficznych;
- 2) przekazywania do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego wyników prac geodezyjnych lub prac kartograficznych
- 3) przestrzegania przepisów dotyczących wykonywania samodzielnych funkcji w zakresie geodezji i kartografii;
- 4) rzetelności wykonywania prac geodezyjnych lub prac kartograficznych.

Art. 10. 1. Minister Obrony Narodowej w porozumieniu z zainteresowanymi ministrami i kierownikami urzędów centralnych określi, w drodze rozporządzenia, tereny zamknięte niezbędne dla obronności państwa, na których nadzoruje prace geodezyjne i kartograficzne.

Art. 10 ust. 1a. Minister Obrony Narodowej, w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw budownictwa, planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa, określi, w drodze rozporządzenia, zakres i tryb sprawowania nadzoru nad pracami geodezyjnymi i kartograficznymi na terenach zamkniętych, a w szczególności określi rodzaje prac, nad

29

którymi sprawowany jest nadzór, uwzględniając potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa oraz ochrony informacji niejawnych.

Art. 10 ust. 2. Materiały geodezyjne lub kartograficzne, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 7 ust. 2, mogą wykonywać wyłącznie podmioty posiadające odpowiednią zdolność do ochrony informacji niejawnych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2016 r. poz. 1167).

Art. 10 ust. 4. Podmiotowi, który posiada odpowiednią zdolność do ochrony informacji niejawnych, Główny Geodeta Kraju udziela ponadto na jego wniosek informacji o granicach terenów zamkniętych oraz przekazuje wytyczne dotyczące zasad przetwarzania zobrażeń lotniczych zawierających informacje niejawne do postaci jawnej.

Art. 12 ust. 1. Wykonawca prac geodezyjnych lub prac kartograficznych zgłasza prace geodezyjne lub prace kartograficzne przed ich rozpoczęciem:

- 3) właściwym miejscowo starostom, jeżeli celem lub zakładanym wynikiem tych prac jest:
 - a) utworzenie lub aktualizacja baz danych, o których mowa w art. 4 ust. 1a pkt 2, 3 i 10 oraz ust. 1b,
 - b) wznowienie znaków granicznych, wyznaczenie punktów granicznych lub ustalenie przebiegu granic działek ewidencyjnych,
 - c) geodezyjna inwentaryzacja obiektów budowlanych,
 - d) wytyczenie budynku lub sieci uzbrojenia terenu,
 - e) dokumentacja geodezyjna w postaci map, rejestrów lub wykazów na potrzeby postępowań administracyjnych, postępowań sądowych lub czynności cywilnoprawnych, dotyczących w szczególności: granic nieruchomości, praw do nieruchomości, zmiany struktury własności nieruchomości, pozwoleń na budowę, zmiany sposobu użytkowania obiektów budowlanych lub ich części oraz sposobu zagospodarowania nieruchomości.

Art. 12 ust. 2. Zgłoszenie prac geodezyjnych lub prac kartograficznych zawiera:

- 1) dane identyfikujące:
 - a) wykonawcę zgłaszanych prac,
 - b) osobę, której przedsiębiorca lub kierownik jednostki organizacyjnej powierzył samodzielne wykonanie czynności składających się na te prace lub funkcję kierownika tych prac, a także uprawnienia zawodowe tych osób;
- 2) cel lub zakładany wynik zgłaszanych prac;
- 3) dane określające położenie obszaru lub obszarów, które będą objęte zgłaszaniem pracami;
- 4) przewidywany termin wykonania zgłaszanych prac;
- 5) listę zbiorów danych lub innych materiałów państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego, zwanych dalej „materiałami zasobu”, które w ocenie wykonawcy są mu potrzebne do wykonania zgłaszanych prac.

30

Art. 12 ust. 3. Organ, który otrzymał zgłoszenie prac geodezyjnych lub prac kartograficznych, w terminie 10 dni roboczych uzgadnia z wykonawcą listę materiałów zasobu niezbędnych lub przydatnych do wykonania zgłoszonych prac i udostępnia ich kopie za opłatą, o której mowa w art. 40a ust. 1. Organ, który otrzymał zgłoszenie, może uzgodnić z wykonawcą inny termin udostępniania materiałów zasobu.

Art. 12a. 1. Wykonawca prac geodezyjnych lub prac kartograficznych zawiadamia organ Służby Geodezyjnej i Kartograficznej, do którego zostały zgłoszone prace geodezyjne lub prace kartograficzne, o zakończeniu tych prac, przekazując:

- 1) zbiory nowych, zmodyfikowanych lub zweryfikowanych danych, które należą do zakresu informacyjnego baz danych, o których mowa w art. 4 ust. 1a pkt 1–5 i 8–10 oraz ust. 1b;
- 2) dokumenty wymagane przepisami wydanymi na podstawie art. 19 ust. 1 pkt 11 lub ich uwierzytelnione kopie.

Art. 12a ust. 2. Wykonawca prac geodezyjnych lub prac kartograficznych przekazuje właściwemu organowi Służby Geodezyjnej i Kartograficznej wyniki wykonanych na zamówienie podmiotów publicznych, o których mowa w art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2014 r. poz. 1114 oraz z 2016 r. poz. 352), lub wykonanych na zamówienie podmiotu, któremu podmiot publiczny powierzył lub zlecił realizację zadania publicznego, i sfinansowanych ze środków publicznych następujących prac geodezyjnych lub prac kartograficznych:

- 1) zobrażeń lotniczych;
- 2) ortofotomapy wraz z wykorzystanymi do jej opracowania zbiorami danych geodezyjnych i fotogrametrycznych;
- 3) numerycznego modelu terenu wraz z wykorzystanymi do opracowania tego modelu zbiorami danych geodezyjnych i fotogrametrycznych.

Art. 12b ust. 1. Organ Służby Geodezyjnej i Kartograficznej, do którego przekazane zostały zbiory danych lub inne materiały stanowiące wyniki prac geodezyjnych lub prac kartograficznych, niezwłocznie weryfikuje je pod względem zgodności z przepisami prawa obowiązującymi w geodezji i kartografii, w szczególności dotyczącymi:

- 1) wykonywania pomiarów, o których mowa w art. 2 pkt 1 lit. a, oraz opracowywania wyników tych pomiarów;
- 2) kompletności przekazywanych wyników wykonanych prac geodezyjnych lub prac kartograficznych.

Art. 13. 1. Osoby wykonujące prace geodezyjne i kartograficzne mają prawo:

- 1) wstępu na grunt i do obiektów budowlanych oraz dokonywania niezbędnych czynności związanych z wykonywanymi pracami;
- 2) dokonywania przecinek drzew i krzewów, niezbędnych do wykonania prac geodezyjnych;

31

3) nieodpłatnego umieszczania na gruntach i obiektach budowlanych znaków geodezyjnych, gravimetrycznych i magnetycznych oraz urządzeń zabezpieczających te znaki; umieszczania na gruntach i obiektach budowlanych budowli triangulacyjnych.

Art. 13 ust. 2. Uprawnienia, o których mowa w ust. 1, nie naruszają:

- 1) przepisów o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, o ochronie środowiska, o lasach i o drogach publicznych;
- 2) przywilejów i immunitetów przysługujących obcym przedstawicielstwom dyplomatycznym, misjom specjalnym i urzędom konsularnym, a także członkom ich personelu oraz innym osobom korzystającym z przywilejów i immunitetów na podstawie ustaw, umów lub powszechnie uznanych zwyczajów międzynarodowych.

Art. 13 ust. 3. Na terenach zamkniętych prace geodezyjne mogą być wykonywane tylko przez wykonawców działających na zlecenie organów, które wydały decyzję o zamknięciu terenu, lub za ich zgodą.

Art. 14. Właściciel lub inna osoba władająca nieruchomością są obowiązani umożliwić podmiotom, o których mowa w art. 11, wykonanie prac geodezyjnych i kartograficznych określonych w art. 13 ust. 1.

Art. 48. Ust. 1. Kto:

- 1) wbrew przepisom art. 12 ust. 1 nie zgłasza prac geodezyjnych lub kartograficznych, lub wbrew przepisom art. 12a nie przekazuje materiałów powstałych w wyniku prac geodezyjnych lub kartograficznych, lub informacji o tych materiałach do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego,

– podlega karze grzywny.

Art. 48 ust. 2. W wypadkach określonych w ust. 1 orzekanie następuje na podstawie przepisów o postępowaniu w sprawach o wykroczenia.

Rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z dnia 22 maja 2003r. w sprawie nadzoru nad pracami geodezyjnymi i kartograficznymi na terenach zamkniętych:

§ 3. Na terenach zamkniętych nadzorowi podlegają następujące rodzaje prac geodezyjnych i kartograficznych:

3) wykonywanie i aktualizowanie map zawierających w swojej treści położenie sieci uzbrojenia terenu i innych elementów zagospodarowania terenu;

Ustawa o drogach publicznych Dz. .u z 2016 poz. 440

Art. 40. 1. Zajęcie pasa drogowego na cele niezwiązane z budową, przebudową, remontem, utrzymaniem i ochroną dróg, wymaga zezwolenia zarządcy drogi, wydanego w drodze decyzji administracyjnej – zezwolenie nie jest wymagane w przypadku zawarcia umowy, o której mowa w art. 22 ust. 2, 2a lub 2c.

Art. 40 ust. 2. Zezwolenie, o którym mowa w ust. 1, dotyczy:

1) prowadzenia robót w pasie drogowym;

32

2) umieszczania w pasie drogowym urządzeń infrastruktury technicznej niezwiązanych z potrzebami zarządzania drogami lub potrzebami ruchu drogowego;

3) umieszczania w pasie drogowym obiektów budowlanych niezwiązanych z potrzebami zarządzania drogami lub potrzebami ruchu drogowego oraz reklam;

4) zajęcia pasa drogowego na prawach wyłączności w celach innych niż wymienione w pkt 1–3.

Art. 40 ust. 3. Za zajęcie pasa drogowego pobiera się opłatę.

Art. 40 ust. 12. Za zajęcie pasa drogowego:

1) bez zezwolenia zarządcy drogi lub bez zawarcia umowy, o której mowa w art. 22 ust. 2, 2a lub 2c,

2) z przekroczeniem terminu zajęcia określonego w zezwoleniu zarządcy drogi lub w umowie, o której mowa w art. 22 ust. 2, 2a lub 2c,

3) o powierzchni większej niż określona w zezwoleniu zarządcy drogi lub w umowie, o której mowa w art. 22 ust. 2, 2a lub 2c

– zarządca drogi wymierza, w drodze decyzji administracyjnej, karę pieniężną w wysokości 10-krotności opłaty ustalonej zgodnie z ust. 4–6.

Izba oceniając zgromadzony materiał dowodowy oraz ustalony stan faktyczny i prawny uznała zgromadzony materiał w całości za wystarczający do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy i w zakresie dopuszczonym przez Izbę za wiarygodny.

Na podstawie powyższego stanu faktycznego Izba oceniła czynność zamawiającego polegającą na wykluczeniu odwołującego jako nieistniejącą w dacie wyrokowania, natomiast Izba ustaliła również, że w dacie wyrokowania pozostają aktualne zarzuty związane z oceną zaniechań zamawiającego w szczególności zastosowania art. 26 ust. 3 i 4 ustawy. Izba rzeczywiście przyznaje rację zamawiającemu, że zamawiający uchylił swoją czynność wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy dokonaną w dniu 6 czerwca 2017r. i sprostowaną w dniu 9 czerwca 2017r., jednak zamawiający nie wykonał czynności nakazanych mu wyrokiem Izby z dnia 12 kwietnia 2017r. sygn. akt KIO 567/17 i nie wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy zatem w tym zakresie jak najbardziej istniał substrat zaskarżenia i Izba była władna oceniać zaniechania zamawiającego i badać ich zgodność z ustawą. Izba ustaliła, że zamawiający nie występował do odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy w zakresie wynikającym z pkt. 1 tenoru powołanego wyroku, ani w ścisłym jego zakresie, ani ewentualnie w zakresie poszerzonym o dodatkowe wątpliwości zamawiającego.

wystąpienia do Zamawiającego nie skorzystał

także z przysługującego mu prawa

zamawiającego zlecającego wykonanie usługi wykazanej w wykazie o przedstawienie dodatkowych informacji lub złożenie dodatkowych dokumentów do czego był upoważniony

33

na podstawie par. 2 ust. 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Zamawiający

natomiast podjął czynności niemające oparcia w ustawie, ani w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów i wystąpił do podmiotów, które nie zlecały referencyjnej usługi, choć mogły z racji powierzonych im zadań lub sprawowania władztwa nad danym obiektem posiadać jakąś wiedzę o realizacji przez odwołującego usługi na rzecz M+ P. d. a. M. D. Z tych czynności nie podlegających ocenie Izby z powodu tego, że nie miały one oparcia ustawowego, zamawiający pozyskał jedynie taką wiedzę, że być może terminy realizacji usługi referencyjnej są inne niż podane przez odwołującego w wykazie, oraz, że właściciele obiektów lub infrastruktury nie zlecali wykonywania tej usługi na swoją rzecz, ani, że odwołujący nie do nich nie zgłaszał. Przy czym Izba wzięła pod uwagę także to, że zamawiający nie pytał o usługę wskazaną i sprecyzowaną w wykazie usług złożonym przez odwołującego, ale o usługę, która miała uwzględniać pewne, choć nie wszystkie wymagania jakie zamawiający postawił w kryteriach kwalifikacji. Tym samym brak jest pewności, co do przydatności odpowiedzi tych instytucji w badanym stanie faktycznym, gdyby zamawiający zapytał o konkretną usługę z wykazu usług, a nie formułował wystąpień w sposób ogólny. Oceniając zatem zgromadzony materiał dowodowy Izba doszła do przekonania, że nie potwierdza on wykonania obowiązków nałożonych przez ustawodawcę i potwierdzonych wyrokiem Izby z dnia 12 kwietnia 2017r. sygn. akt KIO 567/17, ani nie skorzystał z uprawnienia wynikającego z par. 2 ust. 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, natomiast dokonywał pozaustawowych czynności, które nie doprowadziły do jednoznacznych rozstrzygnięć w sprawie odwołującego, a co najwyżej spowodowały dalsze wątpliwości zamawiającego. Sam zamawiający przyznał, że nie wykonał wyroku Izby, gdyż w jego ocenie wobec ziszczenia się przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy należało uznać, że oferta i tak podlegałaby odrzuceniu, co jest przesłanką negatywną zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy. W ocenie Izby zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy, gdyż przepis ten wymaga wykazania winy umyślnej odwołującego, który skłamał lub rażąco niedbale podawał informacje co do spełniania przez siebie warunków udziału w postępowaniu, zataił je lub nie był w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

W ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy potwierdza, że zamawiający miał wiedzę z pisma M. D. złożonego na rozprawie w sprawie sygn. akt KIO 567/17 i ponownie przedłożonego przed Izbą w niniejszej sprawie, że podmiot ten dysponuje dowodami wykonania usługi i jest je skłonny przedstawić z tym zastrzeżeniem, że stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Tym samym w ocenie Izby nie ma jednoznacznego dowodu na to, że odwołujący okłamał świadomie zamawiającego i że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu wbrew swojemu oświadczeniu, ani, że nie jest w stanie przedstawić na to dowodów. Biorąc to pod uwagę, w ocenie Izby ustalony stan faktyczny potwierdza

34

zasadność wyroku Izby z dnia 12 kwietnia 2017r. sygn. akt KIO 567/17 jak również i to, że wykaz usług i załączone do niego dokumenty mogły budzić wątpliwości zamawiającego, które powinny go były doprowadzić do uznania, że usługa referencyjna była wykonywana (pismo Urzędu Miasta st. W. to potwierdza), choć wątpliwy jest jej zakres, wartość i termin. Jednak te wątpliwości nie dają podstawy do wniosku do jakiego doszedł zamawiający, że należy jednoznacznie stwierdzić, że odwołujący tej usługi nie wykonał.

Izba oceniła także stan faktyczny w odniesieniu do przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy i stwierdziła, że informacje przedstawione przez odwołującego budzą wątpliwości, co stwierdziła Izba w wyroku z dnia 12 kwietnia 2017r. sygn. akt KIO 567/17, jednak zamawiający w ocenie Izby nie przedstawił rozstrzygającego dowodu pozyskanego w trybie przewidzianym ustawą, który potwierdzałby, że informacje podane przez odwołującego były błędne i w taki błąd wprowadziły zamawiającego, co w ocenie Izby było warunkiem sine qua non dla możliwości dokonania subsumpcji ustalonego stanu faktycznego pod normę art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy.

Zamawiający miał i powinien być mieć w oparciu o złożony i uzupełniony wykaz usług, a także w oparciu o złożone i uzupełnione referencje wątpliwości, ale nie miał i nie ma pewności, co do niewiarygodności (nieprawdziwości, błędności) tych dokumentów. Właśnie z uwagi na brak pewności, co do niewiarygodności tych dokumentów, dla usunięcia wątpliwości zobowiązany był w pierwszej kolejności wywiązać się z ustawowych obowiązków nakazanych mu przez Izbę z art. 26 ust. 3 i 4 oraz skorzystać z możliwości zastosowania par. 2 ust. 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, a nie stosować pozaustawowe procedury, które nie doprowadziły go do jednoznacznych ustaleń.

Izba oczywiście ma na względzie treść orzeczeń TSUE w sprawach sygn.. akt C-324/14 D. A. i C-387/14 E. oraz świadomość, że zostały one wydane pod rządami nieobowiązujących już dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE, jednak wprowadzona zasada przejrzystości postępowania będzie dawała możliwość oceny prawnej zbieżnej z oceną przyjętą przez TSUE dla postępowań prowadzonych na przepisach implementujących nowe dyrektywy. Tym samym Izba w tym składzie wyraża przekonanie, że wykładnia art. 26 ust. 3 ustawy wyrażona przez TSUE będzie aktualna w obecnym stanie prawnym. Zwłaszcza, że ewentualna zmiana w zakresie dowodów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, dotyczy wyłącznie sytuacji polegania na zasobach innego podmiotu – art. 22a ust. 6 w związku z ust. 1 tegoż przepisu. W ocenie Izby jednak w tym przypadku ewentualna zmiana odbywa się nie z inicjatywy wykonawcy, ale na żądanie zamawiającego. Przepis art. 22a ust. 6 ustawy nie ma zastosowania, gdy wykonawca samodzielnie wykazuje spełnienie warunku udziału w postępowaniu jak ma to miejsce w niniejszej sprawie. Tym samym w ocenie Izby ustalony stan faktyczny nadaje się do stwierdzenia, że zamawiający nie wypełnił obowiązków wynikających z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, czym

35

zaniechał czynności do której był zobowiązany na podstawie ustawy.

Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający uwzględnił zarzut naruszenia art. 24 ust. 8 ustawy i Izba pozostaje tym uwzględnieniem związana, jednakże w ocenie Izby wykonanie żądania odwołania w tym zakresie może być odroczone po niebudzącym wątpliwości ustaleniu, czy odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 16 lub 17 ustawy. Izba ustaliła, że zamawiający nie przewidział fakultatywnej przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 3 w ogłoszeniu i siwz, tym samym zamawiający nie mógł wykluczyć przystępującego na tej podstawie. Według ustaleń Izby zamawiający podał przystępującemu informację o nazwie zleceniodawcy odwołującego przed uznaniem tej informacji za nieskutecznie zastrzeżoną. Izba ustaliła, że okoliczności sporządzania pism do różnych instytucji przez przystępującego i zamawiającego biorąc pod uwagę ich daty sporządzenia i przekazania pism przez przystępującego zamawiającemu nie odpowiadają w pełni sytuacji prezentowanej przez przystępującego, że już następnego dnia po wysłaniu do danych instytucji przystępujący przesyłał zamawiającemu swoje pismo. Izba w tym zakresie nie dała wiary przystępującemu. Jednak w ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy nie pozwala na ustalenie, że stosunki pomiędzy zamawiającym i przystępującym były tego rodzaju, że budziły wątpliwości co do bezstronności osób po stronie zamawiającego. Przeciwnie ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że zamawiający wielokrotnie odmawiał przystępującemu wglądu w zastrzeżone dokumenty odwołującego, a wystąpienia do różnych instytucji, w ocenie Izby mogły być zbieżne z uwagi na ujawnione podczas rozprawy przed Izbą w sprawie sygn. akt KIO 567/17 wątpliwości, co do zakresu wykonanych przez odwołującego czynności w tym objęcia zleceniem pierzei zachodniej, a także rodzaju wykonywanych prac czy zastosowania specjalistycznego sprzętu. Co jednak w ocenie Izby nie daje podstaw do przyjęcia, że zamawiający naruszył zasadę bezstronności. W ocenie Izby niewątpliwie zamawiający ujawnił informację zastrzeżoną zanim ocenił ją jako nieskutecznie zastrzeżoną, jednak w ocenie Izby rację należy przyznać zamawiającemu, że ustalenie, że zastrzeżenie było nieskuteczne wywołuje skutki dla informacji od chwili jej wadliwego zastrzeżenia, tym samym w ocenie Izby okoliczność ta pozostawała bez wpływu na wynik niniejszego postępowania. Ponadto odwołujący nie wskazał jako podstawy prawnej swego zarzutu art. 8 ust. 3 ustawy w związku z art. 8 ust. 2 ustawy, a przeciwnie art. 8 ust. 1 ustawy, który stanowi o jawności postępowania. Tak zaś postawiony zarzut nie pozwala na stwierdzenie, że doszło do jego naruszenia.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania

36

na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z czynnościami lub zaniechaniami zamawiającego, czym

wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2017 roku wydanego w połączonych do rozpoznania sprawach o sygnaturze akt KIO 567/17, KIO 660/17, w szczególności zaniechanie wezwania do uzupełnienia oświadczenia - wykazu usług, w taki sposób, aby z jego treści wynikał przedmiot usługi, a co najmniej czynności, których wykonania wymagał zamawiający w postawionym warunku udziału w postępowaniu określonym w pkt V.1.2 lit. a) siwz (z dotychczas złożonego oświadczenia to nie wynika, zaś wezwanie z 28.02.2017 r. Izba uznała za nieprecyzyjne i wadliwe, co skutkuje uznaniem nakazanego wezwania za pierwsze)

Zarzut potwierdził się. Zamawiający przyznał, że nie wykonał wyroku Izby, gdyż w jego ocenie odwołujący złożył wprowadzające zamawiającego w błąd informacje, a więc podlegał wykluczeniu, a w konsekwencji jego oferta odrzuceniu. Sytuacja, gdy oferta mimo wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy podlega odrzuceniu jest przesłanką negatywną zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy. Jednak jak wynika z ustaleń poczynionych przez Izbę zgromadzony materiał dowodowy nie pozwala na jednoznaczne ustalenie, że odwołujący przedstawił informacje, które wprowadziły w błąd zamawiającego. Zamawiający wbrew swojemu twierdzeniu zawartemu w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego nie wie, czy odwołujący wykonał, czy też nie referencyjną usługę, w jakim terminie i w jakim zakresie, jednak pismo Urzędu Miasta st. W. wskazuje, że jakaś usługa polegająca na wykonaniu prac geodezyjnych była na deklarowanym przez odwołującego odcinku zgłaszana w czasie mieszczącym się w zadeklarowanym przez odwołującego okresie wykonania usługi. Tym samym w ocenie Izby zamawiający błędnie przyjął, że w ogóle nie była wykonana. Tym samym zamawiający nie miał podstaw do ustalenia, że odwołujący podał informacje, które wprowadziły w błąd zamawiającego polegające na przyjęciu, że odwołujący wykonał usługę, podczas gdy w ocenie zamawiającego w ogóle jej nie wykonał. Zatem nie zachodziły przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy, które w konsekwencji skutkowałyby odrzuceniem oferty na mocy art. 24 ust. 4 ustawy, a w konsekwencji w ocenie Izby nie było podstaw do odstąpienia od zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy. Natomiast art. 26 ust. 4 ustawy nie zawiera żadnych ograniczeń jego stosowania, tym samym zamawiający bezpodstawnie go nie zastosował odstępując od wykonania wyroku Izby. Tym samym zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 i 4 ustawy przez jego niezastosowanie.

37

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 i 4 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2017 roku wydanego w połączonych do rozpoznania sprawach o sygnaturze akt KIO 567/17, KIO 660/17, w szczególności zaniechanie złożenie dowodów potwierdzających należyte wykonanie wskazanych w uzupełnionym wykazie czynności, w szczególności tych czynności, które dotychczas nie zostały wymienione w referencjach jako należycie wykonane, tj.

- a) przestrzennego modelu parametrycznego;
- b) krótkometrażowego filmu wysokiej jakości (min. HD 1440) prezentującego wyniki pomiarów i model parametryczny.

Zarzut potwierdził się. W zakresie tego zaniechania zamawiającego Izba podtrzymuje w całości swoje stanowisko wyrażone w rozstrzygnięciu zarzutu poprzedzającego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 4 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2017 roku wydanego w połączonych do rozpoznania sprawach o sygnaturze akt KIO 567/17, KIO 660/17 w zakresie identycznych pytań (obu), jak w wezwaniu z 28.02.2017 r. wraz ze wskazaniem kontekstu zdanych pytań, zwłaszcza pytania pierwszego - zgodnie z ustaleniem z opinii biegłych powołanych przez zamawiającego - pismo z 23.02.2017 r. (ustalenia - Ad. I i II pkt 6) wraz z żądaniem przedłożenia dowodów z uwagi na charakter obszaru wykazywanej usługi;

Zarzut potwierdził się. W zakresie tego zaniechania zamawiającego Izba podtrzymuje w całości swoje stanowisko wyrażone w rozstrzygnięciu zarzutu poprzedzającego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 4 ustawy przez niewezwanie odwołującego do wyjaśnień w zakresie realizacji, w szczególności zaś daty zakończenia, zgłoszonej usługi geodezyjnej w związku z uzyskanymi informacjami od Urzędu Miasta st. W. w dniu 26 maja 2017 roku w zakresie zgłoszenia do realizacji usługi geodezyjnej przez odwołującego;

Zarzut potwierdził się. W zakresie tego zaniechania zamawiającego Izba podtrzymuje w całości swoje stanowisko wyrażone w rozstrzygnięciu zarzutu poprzedzającego.

38

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 5 pkt 16 i 17 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy przez uznanie, że odwołujący wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że odwołujący nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu wskazując usługę, której nie wykonywał, a także przedstawienie przez Wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu i zaniechania zażądania przedstawienia odpowiednich dokumentów zgodnie z treścią art. 24 ust. 5 pkt 16 ustawy

Zarzut potwierdził się. W zakresie tego zaniechania zamawiającego Izba podtrzymuje w całości swoje stanowisko wyrażone w rozstrzygnięciu zarzutu poprzedzającego. Izba jako oczywistą omyłkę pisarską potraktowała wskazanie na ust. 5 art. 24 i pkt. 16 i 17 tegoż artykułu. Izba uznała, że prawidłowo wskazana podstawa prawna to art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy. Oczywiście omyłki odwołującego jest widoczna na pierwszy rzut oka, gdyż przepis art. 24 ust. 5 kończy się na pkt. 8, tym samym nie zawiera pkt. 16 i 17. Zatem nie było w ocenie Izby przeszkód do skorygowania podstawy prawnej wskazanej przez odwołującego i rozpoznania zarzutu, gdyż zgodnie z art. 187 ust. 3 zd. 2 ustawy inne oczywiste niedokładności nie stanowią przeszkody w nadaniu biegu odwołaniu i rozpoznaniu przez Izbę.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 4 ustawy przez uznanie oferty za odrzuconą jako konsekwencji nieuzasadnionego wykluczenia odwołującego z postępowania.

Zarzut potwierdził się. Skoro zamawiający unieważnił czynność wykluczenia odwołującego z postępowania, to tym samym nie miał podstaw do uznania jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego z ostrożności procesowej art. 24 ust. 8 ustawy przez niezastosowanie względem odwołującego procedury tzw. samooczyszczenia wobec stwierdzenia przez zamawiającego w toku powtórnego badania oferty odwołującego zaistnienia przesłanek do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 16 lub 17 ustawy

Zarzut został uwzględniony przez zamawiającego. Zgodnie z art. 186 ust. 4a ustawy w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów w części, gdy po jego stronie nie przystąpił żaden wykonawca, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów, Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów. W przedmiotowej sprawie przepis

39

ten nie może być wprost zastosowany, bo wystąpił po stronie zamawiającego przystępujący, który jednak nie wniósł sprzeciwu – którą to sytuację reguluje art. 186 ust. 4 ustawy. Oznacza to, że w przepisach ustawy pojawia się luka prawna, gdyż w ustawodawca nie uregulował dwóch sytuacji po pierwsze tego, co się dzieje z uwzględnionym przez zamawiającego zarzutem, bo literalnie odczytując przepis Izba rozpoznaje odwołanie jedynie w pozostałym zakresie i po drugie, co Izba ma zrobić, kiedy zamawiający uwzględnił zarzuty częściowo, po jego stronie jest przystępujący, a nie wnosi sprzeciwu. W ocenie Izby wykładnia art. 186 ustawy prowadzi do następujących wniosków. Izba musi rozstrzygnąć, o całości zarzutów odwołania (art. 192 ust. 7 ustawy), czyli w przypadku uwzględnienia zarzutów w części i braku sprzeciwu, Izba powinna umorzyć w tej części postępowania, a

rozpoznać pozostałe zarzuty. Brak wydania postanowienia o umorzeniu w odniesieniu do zarzutu uwzględnionego w ocenie Izby zwalnia zamawiającego z obowiązku wykonania uwzględnionego zarzutu zgodnie z żądaniem odwołującego. Obowiązek zamawiającego wykonania żądań powstaje bowiem w ocenie Izby dopiero z chwilą umorzenia postępowania. Wydanie postanowienia w wyroku rozpoznającym sprawę merytorycznie, jest konieczne także dla oceny formalnej przyszłych odwołań w kontekście uregulowania art. 189 ust. 2 pkt 4 i pkt 5 ustawy. Stan braku sprzeciwu co do częściowego uwzględnienia, w ocenie Izby świadczy o tym, że w tym zakresie przystępujący nie wdał się w spór, a zatem co do uwzględnienia częściowego zarzutu można przyjąć, że przystąpienia nie było. Mając to na uwadze Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 8 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 5 pkt 3 ustawy w związku z art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy przez niewykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy G. S. Sp. z o.o. (dalej wykonawca G.) mimo iż, jak wynika z podejmowanych czynności wskazanych w treści odwołania pozostaje on w takich stosunkach prawnych lub faktycznych, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób

Zarzut nie potwierdził się. Art. 24 ust. 5 pkt 3 statuuje fakultatywną przesłankę wykluczenia, która zgodnie z art. 24 ust. 6 ustawy dla możliwości zastosowania wobec wykonawców wymaga wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu oraz siwz. Zamawiający jej w tych dokumentach nie przewidział i z tego powodu Izba uznała, że zamawiający nie mógł zarzucanego przepisu naruszyć przez jego niezastosowanie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy poprzez niezapewnienie prowadzenia postępowania zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji oraz art. 8 ust. 1 przez udostępnianie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przed podjęciem

40

decyzji o nieskuteczności ich zastrzeżenia, a w przypadku, gdy informacja ta nie została przekazana za wolą i wiedzą zamawiającego, także nieinformowania o fakcie posiadania przez innych wykonawców informacji chronionych przez odwołującego

Zarzut nie potwierdził się. Informacja o usłudze wykazanej z wykazie i potwierdzonej referencją została uznana przez zamawiającego za nieskutecznie zastrzeżoną jako tajemnica przedsiębiorstwa. Moment stwierdzenia tej bezskuteczności nie ma znaczenia, gdyż nieskuteczne zastrzeżenie powoduje brak ochrony informacji od momentu jej złożenia. Tym samym w ocenie Izby nie została naruszona norma art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 ustawy. Co do zbieżności pism przystępującego i zamawiającego, to fakt ten może być wyjaśniony legalnym działaniem zamawiającego i wątpliwościami powziętymi przez zamawiającego i przystępującego w toku postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 567/17, a odwołujący poza jedynie wątpliwościami co do dat przekazywania zamawiającemu pism wysyłanych przez przystępującego nie wskazał innych okoliczności, które mogłyby wskazywać na kontakty tych podmiotów budzące wątpliwości co do bezstronności zamawiającego. Same daty przekazania w ocenie Izby nie są wystarczające do uprawdopodobnienia istnienia braku bezstronności po stronie zamawiającego, co oznacza, że działaniu zamawiającego nie można było przypisać w zakresie objętym zarzutem naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 i 3 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm. z 2017r. poz. 47) zaliczając na poczet kosztów postępowaniu uiszczony przez odwołującego wpis oraz nakazując zamawiającemu dokonanie zwrotu na rzecz odwołującego kosztów związanych z wniesionym wpisem oraz kosztami zastępstwa prawnego, zgodnie ze złożoną fakturą VAT ograniczając wysokość wynagrodzenia do maksymalnej kwoty dopuszczanej przez rozporządzenie.

Przewodniczący: