

WYROK
z dnia 2 marca 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lutego 2015 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2015 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Wytwórnia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Próchnika 8/154, 01-585 Warszawa (pełnomocnik) oraz wykonawcę M. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Windmill M. P. z siedzibą w Markach

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Polskie Koleje Państwowe S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Szczęśliwickiej 62, 00-973 Warszawa

przy udziale:

- A. wykonawcy BGGA Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Krańcowej 10/1, 02-493 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- B. wykonawcy MEDIACAP S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Francuskiej 37, 03-905 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia z postępowania oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Wytwórnia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Próchnika 8/154, 01-585 Warszawa (pełnomocnik)

1

oraz wykonawcę M. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Windmill M. P. z siedzibą w Markach.

Nakazuje Zamawiającemu wykluczenie z postępowania wykonawcy MEDIACAP S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Francuskiej 37, 03-905 Warszawa a w konsekwencji wykluczenia wykonawcy odrzucenie jego oferty.

Nakazuje Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty w postępowaniu z pośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Polskie Koleje Państwowe S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Szczęśliwickiej 62, 00-973 Warszawa i:

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

00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Wytwórnia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Próchnika 8/154, 01-585 Warszawa (pełnomocnik) oraz wykonawcę M. P. prowadzącego działalność gospodarczą nazwą M. P. pod Windmill z siedzibą w Markach;

2.2. zasądza od Zamawiającego S.A. Polskie Koleje Państwowe z siedzibą w Warszawie przy ulicy Szczęśliwickiej 62, 00-973 Warszawa na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Wytwórnia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Próchnika 8/154, 01-585 Warszawa (pełnomocnik) oraz wykonawcę M. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Windmill M. P. z siedzibą w Markach kwotę **18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście**

tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa prawnego.

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

Przewodniczący:

2

Sygn. akt: KIO 147/15

UZASADNIENIE

Zamawiający Polskie Koleje Państwowe S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie *zawarcie umowy ramowej na przygotowanie i realizację strategii komunikacyjnej i promocyjnej projektów realizowanych przez PKP S.A. współfinansowanych oraz ubiegających się o dofinansowanie ze środków unijnych w ramach Programu infrastruktura i Środowisko*, ogłoszenie o którym zostało opublikowanego dnia 27 listopada 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2014/S 229-404567.

13 lutego 2015 roku działając na podstawie art. 179 ust. 1 oraz 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego i zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy przez nieuprawnione odrzucenie oferty z uwagi na to, że zdaniem Zamawiającego brak wykazania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie powoduje, iż jest ona niezgodna z ustawą;
- 2) art. 26 ust. 3 przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów. Zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów było konsekwencją naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy;
- 3) art. 87 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa;
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, przez odrzucenie oferty Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, pomimo nieziszczenia się ustawowej przesłanki odrzucenia oferty;
- 5) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wezwania Wykonawcy MEDIACAP S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu pomimo, iż wystąpiły ewidentne sprzeczności między złożonym wykazem zrealizowanych usług a poświadczeniem należytego wykonania zamówienia, co może świadczyć o możliwości złożenia nieprawdziwych informacji w postępowaniu. Tym samym

3

wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co powinno skutkować jego wykluczeniem z udziału w postępowaniu.

Odwołujący wnosi o:

- uwzględnienie odwołania, –
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty – i odrzucenia oferty Odwołującego, przywrócenia oferty Odwołującego do postępowania, wezwania do uzupełnienia dokumentów i w konsekwencji wybór oferty Odwołującego do zawarcia umowy ramowej;
- nakazanie Zamawiającemu weryfikacji i wyjaśnienia sprzeczności pomiędzy wystawionym poświadczeniem należytego wykonania usług a oświadczeniem Wykonawcy MEDIACAP S.A. zawartym w wykazie usług. W razie braku wyjaśnienia

wątpliwości i stwierdzenia, że dane zawarte w wykazie nie są zgodne z prawdą - wykluczenie Wykonawcy z uwagi na niepotwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i składanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odwołujący jest wykonawcą, z którym Zamawiający mógłby zawrzeć umowę ramową.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego w/w przepisów interes Odwołującego doznał uszczerbku, bowiem na skutek wadliwej czynności Zamawiającego, oferta Odwołującego została odrzucona z postępowania. W konsekwencji Odwołujący wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy poniesie szkodę w postaci nie zawarcia umowy ramowej. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art.179 ust. 1 ustawy do wniesienia niniejszego odwołania.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, gdyż informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego została przesłana przez Zamawiającego w dniu 3 lutego 2015 r.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

I.

W zakresie odrzucenia oferty Odwołującego

Dnia 3 lutego 2015 r. Odwołujący powziął informację o odrzuceniu jego oferty

4

z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podstawą prawną odrzucenia oferty był art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy tj. niezgodność oferty z ustawą.

Zgodnie z uzasadnieniem Zamawiającego niezgodność dotyczyła naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy tj. zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa bez wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w myśl przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W uzasadnieniu Zamawiający dodatkowo dodał, iż nie znajduje podstawy prawnej do uzupełnienia informacji, celem uzasadnienia zastrzeganej tajemnicy. Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem i podejściem Zamawiającego.

Przepis dotyczący wykazywania tajemnicy jest przepisem stosunkowo nowym - obowiązującym dopiero od 19.10.2014 r. Podstawą wprowadzenia znowelizowanego art. 8 ust. 3 była ochrona jawności postępowań przetargowych i realizacji zadań publicznych, a także zapobieganie bezpodstawnemu ograniczaniu zasady uczciwej konkurencji przez brak możliwości zapoznania się z ofertą konkurencji (druk sejmowy 1653 z 10.07.2013 r.). W uzasadnieniu projektu zwrócono uwagę na coraz częstszą praktykę zastrzegania informacji nie celem ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, ale po to aby uniemożliwić konkurentom możliwość weryfikacji złożonej oferty. Stąd też zapis, że zastrzeżonych informacji nie ujawnia się, 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.

Nowy przepis nie ma jeszcze ukształtowanego orzecznictwa, natomiast literalne zasady wykładni każą wnioskować, że jeżeli wykonawca nie wykaże zasadności utajnienia informacji to Zamawiający może co najwyżej bez konieczności przeprowadzania procedury wyjaśniającej takie informacje odtajnić, a nie jak to uczynił w niniejszym postępowaniu - odrzucić ofertę.

Co więcej - z samej treści przepisu nie wynika zakaz przeprowadzenia procedury wyjaśniającej celem zbadania zasadności zastrzeżenia informacji, tym bardziej, jeżeli zastrzeżenie informacji wydaje się być Zamawiającemu zasadne. Nie można też wprost wnioskować o nakazie odtajnienia informacji, mając m.in. na względzie art. 23 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503), zgodnie z którym nieuprawnione ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa zagrożone jest sankcją grzywny, kary ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Gdyby wolą ustawodawcy było odrzucanie oferty wykonawcy, który nie uzasadnił utajnienia oferty postanowienie art. 8 ust. 3 ust z którym ofertę składa się, pod rygorem

5

nieważności, w formie pisemnej. Wykazanie zastrzeżenia informacji również byłoby w tym przypadku obwarowane rygorem nieważności oferty.

Należy jeszcze dodać, że przepis art. 8 ust. 3 ustawy nie wymaga formy jaką miałyby wykazanie utajnienia przyjąć - nie przewidziano dla owego wykazania formy dodatkowego, odrębnego dokumentu składanego do oferty, czego Zamawiający zdaje się nie dostrzegać wskazując, że nie znajduje podstawy prawnej do uzupełnienia informacji. Artykuł 87 ust. 1 ustawy daje Zamawiającemu możliwość wyjaśnienia treści oferty o ile ta budzi jego wątpliwości, z czego w niniejszym przypadku Zamawiający nie skorzystał.

Działanie Zamawiającego uznać należy za bezpodstawne i wykraczające poza ustawowe przesłanki możliwości odrzucenia oferty, tym bardziej, że w Dziale XVII pkt 12 SWiZ Zamawiający nie wyartykułował żądania wykazywania tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie. Wzmianka o wykazaniu znalazła się w punkcie 5 formularza ofertowego, jednakże zapis można było rozumieć jako ogólne zwrócenie uwagi na zasadność zastrzegania informacji, nie było zaś w nim mowy o dodatkowych wyjaśnieniach składanych już stricte do oferty.

W przedmiotowym postępowaniu jest jeszcze jeden istotny aspekt - Zamawiający wydaje się nie mieć wątpliwości co do możliwości zastrzeżenia informacji wskazanych przez Odwołującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa, co można domniemywać na podstawie uznania za tajemnicę analogicznych dokumentów w innych złożonych ofertach (Odwołującemu uniemożliwiono wglądu do tożsamyh informacji w ofertach konkurentów z uwagi na ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa). Mając powyższe na uwadze, jeżeli Zamawiający uznaje zastrzeżone informacje za tajemnicę to tym bardziej nie powinien odrzucać oferty przez brak wykazania zasadności ich utajnienia, skoro zastrzeżenie nie budzi jego wątpliwości.

Warto również wspomnieć, iż zagadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa było przedmiotem rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego, który w uchwale z 20 października 2005 roku [sygn. IIICZP 74/05] uznał, że jeśli Zamawiający stwierdzi, iż dana informacja została zastrzeżona niezgodnie z prawem - wykonawca nie miał prawa tego zrobić - odtajnia dokumenty. Powyższe jednoznacznie dowodzi, iż sankcja odrzucenia oferty w przedstawionym stanie faktycznym jest zbyt restrykcyjna i nieuzasadniona. Odwołujący wnosi więc o zachowanie zastrzeżonych informacji w tajemnicy, alternatywnie o ich odtajnienie - jeżeli ten sposób Izba uzna jako właściwy w zmienionym przepisie art. 8 ust. 3 ustawy. Roszczenie ewentualne (odtajnienie informacji) zostało zgłoszone w odwołaniu obok głównego (zachowania informacji w tajemnicy wraz z jednoczesnym przywróceniem oferty

do postępowania), na wypadek jego nieuwzględnienia. W razie uwzględnienia żądania przedstawionego jako pierwsze, rozpoznanie żądania ewentualnego stanie się bezprzedmiotowe.

Zgodnie z postanowieniem Sądu Apelacyjnego w Krakowie (sygn. akt I Acz 1665/12) roszczenia ewentualne są praktykowane w procedurze cywilnej w sytuacji, w której powód na wypadek niemożliwości uwzględnienia przez sąd żądania pierwotnego zgłasza żądanie ewentualne. Podkreślenia przy tym wymaga, że niemożność nieuwzględnienia żądania pierwotnego nie wynika z jego bezzasadności, lecz z niemożności o charakterze obiektywnym.

II.

Zaniechanie wyjaśnienia sprzeczności w dokumentach wykonawcy MEDIACAP S.A

Wykonawca MEDIACAP S.A. po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie udziału włożył wykaz warunków postępowaniu zrealizowanych usług wraz z dokumentami poświadczającymi należyte ich wykonanie. Wątpliwości Odwołującego budzi pierwsza pozycja wykazu, która wedle oświadczenia wykonawcy swoim zakresem obejmowała pełną organizację największej międzyrządowej konferencji na świecie/eventu COP 19, jego przygotowanie, koordynowanie, produkcję, scenariusze, obsługę techniczną i kreatywną. Na potwierdzenie czy usługa została wykonana należyte złożono adresowany na Prezesa zarządu MEDIACAP S.A. dokument, z którego wynika, iż wykonawca zrealizował wyłącznie usługę polegającą na oznakowaniu konferencji, nie zaś jego pełną obsługę. Poświadczenie stoi więc w sprzeczności z

informacjami wskazanymi w wykazie, dlatego też Zamawiający winien zweryfikować prawdziwość podanych przez Wykonawcę informacji i faktyczne potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Jeżeli przeprowadzona weryfikacja wykaże, że informacje zawarte w oświadczeniu - tj. zakres przedmiotu zamówienia nie jest prawdziwy - Wykonawca winien zostać wykluczony z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania jak i wykluczenie z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestników postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w

7

sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestników postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 13 lutego 2015 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Zamawiający w złożonym piśmie, Odpowiedź na odwołanie z dnia 24 lutego 2015 roku wniósł między innymi o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy z uwagi na brak interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. W argumentacji przedstawionej w piśmie Zamawiający wskazywał, że za koniecznością braku interesu przemawia w szczególności niespełnienie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu wskazanych w Rozdziale XI ust. 6 SIWZ oraz niedostarczenie określonych w Rozdziale XI ust. 2 pkt 1-6 i 8 SIWZ dokumentów i oświadczeń na potwierdzenie, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Izba wskazuje, że zgodnie z wynikiem postępowania oferta Odwołującego została z postępowania odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy w związku z art. 8 ust. 3 ustawy. Zamawiający wskazał w uzasadnieniu swojej decyzji również, że z uwagi na to, że Oferta Odwołującego podlega odrzuceniu Zamawiający nie wezwał do uzupełnienia dokumentów, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy.

Izba wskazuje, że legitymacja do wniesienia odwołania warunkowana jest koniecznością poszukiwania ochrony prawnej przed nieuzasadnionym pozbawieniem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, uzyskania takiego zamówienia. Odwołanie stanowi środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji wykonawcy w danym postępowaniu. Wykonawcy ubiegający się o to zamówienie, którzy złożyli ofertę są

8

podmiotami świadczącym usługi stanowiące przedmiot zamówienia. Podniesienie przez Zamawiającego, że Odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania wskazuje na brak zrozumienia po stronie Zamawiającego mechanizmów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający, postępując zgodnie z ustawą, z art. 26 ust 3 ustawy nie wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, bowiem dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania. Obecnie Odwołujący kwestionuje w odwołaniu podstawy odrzucenia jego oferty. Odwołujący nie został wezwany do uzupełnienia dokumentów, więc niezrozumiałe jest czynienie z braku wykazania przez tego wykonawcę spełnienia warunków podstaw do wykazania braku interesu w rozstrzygnięciu odwołania. Wezwanie do złożenia

dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu musi być dokonane przez Zamawiającego a on tego nie uczynił (zgodnie z 26 ust.3 ustawy), stanowi również zupełnie inną, odrębną od kwestionowanej czynności Zamawiającego w postępowaniu. Nie ciąży na Odwołującym ustawowy obowiązek, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, do wykazywania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w rozpoznawanej sytuacji gdy składa odwołanie.

Odwołujący kwestionuje w odwołaniu czynności Zamawiającego jakie stanowiły podstawę odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania, natomiast czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów, bądź zaniechanie tej czynności – których w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie było – oraz ocena spełnienia warunków zamówienia nie były kwestionowane w odwołaniu, bowiem na tym etapie postępowania, uwzględniając dokonane czynności przez Zamawiającego (odrzućenie oferty Odwołującego) po prostu zgodnie z ustawą te czynności nie zostały dokonane (zaniechane) tym samym nie mogły być kwestionowane. Co do wykazania spełnienia warunków udziału przez Odwołującego na etapie wnoszenia odwołania to należy zaznaczyć, że Izba dokonuje oceny poprawności dokonanych przez Zamawiającego czynności w zakresie podnoszonych przez Odwołującego zarzutów – Izba nie dokonuje oceny „za Zamawiającego”

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego tj.: wykonawcę BGGA Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Krańcowej 10/1, 02-493 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, oraz wykonawcę MEDIACAP S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Francuskiej 37, 03-905 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

9

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia złożone ustnie do protokołu.

Zamawiający złożył pismo z dnia 24 lutego 2015 roku *Odpowiedź na odwołanie*.

Izba dopuściła dowody złożone przez Odwołującego:

- (dowód nr 1) wniosek o udostępnienie informacji publicznej do Ministerstwa Środowiska, oraz odpowiedź Ministerstwa Środowiska z 17 lutego 2015 r. (2 karty),
- (dowód nr 2) raport EBI (wydruk ze strony internetowej www.newconnect.pl, 1 karta).

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy w zw. z art. 8 ust. 3 przez nieuprawnione odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na to, że brak wykazania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie powoduje niezgodność oferty z ustawą - Izba uznała zarzut za zasadny.

W zakresie naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy, art. 87 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu, zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa – Izba uznała zarzuty za niezasadne.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy przeprowadzenia postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez odrzucenie oferty Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia pomimo nieziszczenia się ustawowej przesłanki odrzucenia oferty – Izba uznała zarzut za zasadny.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy - *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.*

Znowelizowany ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2014 poz. 1232) art. 8 ust. 3 ustawy wprowadza istotną zmianę w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z obecnym brzmieniem przepisu wykonawca, który zastrzega informacje podane w ofercie jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa obowiązany jest wykazać jednocześnie, że zastrzeżone przez niego w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Utrzymane zostało w znowelizowanym przepisie odesłanie do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 nr 153, poz. 1503) w zakresie określenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Tajemnicą przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji są „nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.” Z przytoczonej definicji wynika, że aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa niezbędne jest spełnienie dwóch warunków: po pierwsze spełnione muszą zostać przesłanki w zakresie charakteru informacji a po drugie muszą zostać przez przedsiębiorcę podjęte działania w celu ochrony danych.

Ustawodawca jednoznacznie w ustawie (Prawo zamówień publicznych) określił termin na zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jak również na wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tj. wykonawca zobligowany jest dokonać tego *nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.* Wynika z powyższego, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie.

Zamawiający obowiązany jest do badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach /wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu/ przy

czym w obecnym stanie prawnym badanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa uległ zmianie w stosunku do poprzednio obowiązującego stanu prawnego.

To na wykonawcy obecnie ciąży obowiązek wykazania, że zastrzeżone przez niego w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, tym samym ukształtowany w ustawie (Prawo zamówień publicznych) obowiązek należy odczytywać jako podjęcie przez wykonawcę niezbędnych działań w celu utrzymania niejawności złożonych informacji, co stanowi również wymóg konieczny, zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, do uznania, że informację obie jęte tajemnicą przedsiębiorstwa taką tajemnicą stanowią. Pamiętać bowiem należy, że to na podmiocie zastrzegającym tajemnicę przedsiębiorstwa ciąży obowiązek do dbania o zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w każdym przypadku działalności tego podmiotu. Natomiast zaniedbanie przez wykonawcę obowiązku utrzymania poufności danych informacji uniemożliwia powoływanie się na ochronę wynikającą z przepisów.

W efekcie w przypadku zaniedbania przez wykonawcę wykazania, że zastrzeżone przez niego w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa prowadzi do tego, że zastrzeżenie tajemnicy będzie nieskuteczne. Określony w ustawie termin na zastrzeżenie informacji złożonych w ofercie jak również wykazanie, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa – czyli spełnienie obu warunków ustawowych w określonym terminie – składa się na wykonanie po stronie zastrzegającego tajemnicę obowiązku powzięcia działań mających na celu zachowanie poufności przedstawionych informacji. Jeżeli wykonawca tego nie dokonał nie ma ustawowych podstaw do wzywania go do składania oświadczenia

zawierającego wykazanie przyczyn objęcia danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Jeżeli wykonawca nie wykonał ciężących na nim obowiązków zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy to brak uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie zwalnia Zamawiającego z obowiązku zachowania poufności wskazanych w ofercie informacji. W rozpoznawanej sprawie Odwołujący nie wykazał dlaczego objęte przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i w tym przypadku Zamawiający nie miał podstaw do wzywania Odwołującego do składania jakichkolwiek wyjaśnień jak również nie miał podstawy prawnej do dorzucenia oferty Odwołującego z postępowania – w tej sprawie Odwołujący nie dopełnił ciężących na nim obowiązków dbania o poufność zastrzeganych przez siebie informacji co skutkuje nieskutecznością poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zaznaczyć należy, że brak wykazania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, brak uzasadnienia tej czynności wykonawcy obciąża wykonawcę

12

składającego ofertę i zwalnia zarazem Zamawiającego z utrzymania określonych i wskazanych w ofercie informacji w tajemnicy.

Reasumując, Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy w konsekwencji nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego i naruszenia zasad postępowania art. 7 ust. 1 ustawy. W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 ustawy w kontekście wykazania zastrzeżenia tajemnicy Izba uznała, że zarzuty się nie potwierdziły.

II.

W zakresie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy dotyczące Wykonawcy MEDIACAP S.A. - Izba uznała zarzuty za zasadne.

Izba ustaliła:

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) w części X *Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu spełnienia tych warunków* w punkcie 1 lit.b) *posiadanie wiedzy i doświadczenia* Zamawiający wskazał opis sposobu spełnienia ww. warunku i podał: *wykonawca spełni ten warunek, jeżeli wykaze, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał: a) co najmniej jedną usługę polegającą na przygotowaniu, koordynacji i realizacji wydarzenia promocyjnego, czyli eventu, ambientu lub wydarzeń połączonych z organizacją otwartej konferencji i spotkań informacyjnych o wartości nie mniejszej niż 70 000 zł brutto; b) (...).*

W części XI *Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu* w punkcie 1 ppkt 1)

Zamawiający wskazał: *Wykaz wykonanych głównych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – z podaniem przedmiotu usługi, dat wykonania (od-do), podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane (nazwa, adres, telefon) – wzór wykazu stanowi Załącznik nr 5 do SIWZ (...); ppkt 2 Dowody, celem udokumentowania realizacji usług uwzględnionych w wykazie, o którym mowa w pkt 1 powyżej. a) poświadczenie (podmiotu na rzecz którego usługi były wykonywane); (...)*

13

Zamawiający za pismem z dnia 14 stycznia 2015 roku wezwał wykonawcę MEDIACAP S.A. do uzupełnienia dokumentów, w tym do złożenia wykazu wykonanych usług oraz załączenia dowodów, że usługi zostały wykonane należycie.

W określonym przez Zamawiającego terminie wykonawca MEDIACAP S.A. złożył wskazane dokumenty. W *Wykazie wykonanych usług* (załącznik nr 5 do SIWZ) w wierszu 1 wykonawca podał usługę, gdzie jako „Odbiorcę usługi” wskazał Ministerstwo Środowiska natomiast „Zakres usługi” – *Pełna organizacja największej międzyrządowej konferencji na świecie – COP 19. Przygotowanie, koordynowanie całego eventu. W tym produkcja, scenariusze eventu, obsługa techniczna i kreatywna*”.

Załączył pismo z 28 listopada 2013 roku podpisane przez Panią B. J. Podsekretarza Stanu

w Ministerstwie Środowiska w treści którego wskazano:

W związku z zakończeniem 19. Sesji Konferencji Stron Ramowej Konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu, odbywającej się w Warszawie w dniach 11-23 listopada br., w imieniu Ministerstwa Środowiska chciałabym przekazać wyrazy uznania i wdzięczność za doskonale wykonaną pracę, a w szczególności za profesjonalizm Pana M. Z. i kierowanego przez niego zespołu.

Pragnę podkreślić, że pełne zaangażowanie w wykonane zadanie oraz zdolność do rozwiązywania najtrudniejszych nawet problemów zdecydowanie przyczyniły się do sukcesu organizacji Konferencji COP19 – największej międzyrządowej konferencji na świecie. Oznakowanie Stadionu Narodowego, który był miejscem obrad szczytu, ze względu na konieczność adaptacji po raz pierwszy w jego historii całej dostępnej powierzchni, było zadaniem wybitnie trudnym, wymagającym logicznego i precyzyjnego podejścia do samego obiektu, z zachowaniem maksymalnej przejrzystości i łatwej orientacji dla delegatów ze wszystkich krajów świata. Cały zespół włożył w realizację tego projektu wiele wysiłku, a pod wrażeniem wykonanej pracy z zakresu oznakowania Konferencji byli nie tylko przedstawiciele OZN, ale i wielu szefów delegacji, którzy przekazywali na ręce Ministerstwa Środowiska wyrazy najwyższego uznania za przygotowanie obiektu i wyjątkowy design. Mając na uwadze liczne i bardzo pozytywne opinie wyrażone przez przedstawicieli 194 delegacji rządowych, chciałaby serdecznie podziękować za współpracę przy organizacji COP19, która okazała się dużym polskim sukcesem.

W dowodzie nr 1 złożonym na rozprawie przez Odwołującego zawierającym: wniosek o udostępnienie informacji publicznej na podstawie art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 roku o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. nr 112 poz 1198 ze zmianami) złożony w

14

dnia 10 lutego 2015 roku oraz odpowiedź Ministerstwa Środowiska z dnia 17 lutego 2015 roku, w której czytamy:

Odpowiadając na Państwa wniosek o udostępnienie informacji publicznej, dotyczący umów z firmą MEDIACAP S.A. w związku z konferencją UNFCCC COP19 oraz listy podmiotów realizujących zadania związane z tą konferencją w ramach umów z MŚ, uprzejmie informuję, że w ramach realizacji zadań związanych z organizacją 19-tej sesji Konferencji Stron Ramowej Konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu, Ministerstwo Środowiska nie zawarło żadnych umów z firmą MEDIACAP S.A..

Jednocześnie, uprzejmie informuję, że w wyniku udzielonego zamówienia publicznego na realizację zadania „Organizacja logistyczno – techniczna 19. Sesji Konferencji Stron Ramowej Konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu (UNFCCC COP19), 9. Sesji Konferencji Stron służącej jako Spotkanie Stron Protokołu z Kioto (CMP9) oraz 39. Sesji organów pomocniczych konwencji wraz z kreacją i wizualizacją przestrzeni konferencyjnej” umowę na realizację powyższego zadania Ministerstwo Środowiska podpisało z Międzynarodowymi Targami Poznańskimi, które były zarazem jedynym podmiotem realizującym to zadanie na podstawie zawartej z Ministerstwem umowy.

Dowód nr 2 złożony przez Odwołującego na rozprawie, stanowiący wydruk z serwisu www.newconnect.pl, wskazuje:

Raport EBI (...)

data dodania: 2013-10-23

spółka Mediacap Spółka Akcyjna

Zawarcie umowy z MTP o wartości 1,24 M brutto

Zarząd MEDIACAP SA informuje, że w dniu 23.10.2013 Spółka podpisała umowę z Międzynarodowymi Targami Poznańskimi Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu o wartości 1,24 M brutto na realizację koncepcji logistycznej, aranżacji przestrzeni konferencyjnej, identyfikacji wizualnej oraz oznakowania wewnętrznego i zewnętrznego w ramach organizacji 19 sesji Konferencji Stron Ramowej Konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu wraz z 9 sesją Spotkania Stron Protokołu z Kioto oraz sesją organów pomocniczych, oraz kreacji i wizualizacji przestrzeni konferencyjnej na terenie Stadionu Narodowego w Warszawie, na którym będzie miała miejsce konferencja w dniach 11-22 listopada 2013 r..

Izba wskazuje, że wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest obowiązkiem Zamawiającego, w przypadku, gdy zostaną wypełnione przesłanki z art. 24 ustawy.

Na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Czynność Zamawiającego wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie przywołanego powyżej przepisu może być dokonana w razie kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji oraz wpływu informacji na wynik postępowania. Przez podanie informacji nieprawdziwych, należy rozumieć, zgodnie z orzecznictwem i piśmiennictwem, informacje, które

od Krajowej Izby przedstawiają odmienny stan rzeczywistości (porównaj: Wyrok Odwoławczy z dnia 6 sierpnia 2010 r. sygn. akt: KIO 1550/10; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 sierpnia 2010 r. sygn. akt: KIO 1578/10; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2009 r. sygn. akt: KIO 1223/09). Odwołujący się do wyroku Sądu Najwyższego z 5 kwietnia 2002 roku (sygn. akt II CKN 1095/99) należy wskazać, że pojęcie prawdy na gruncie prawa rozpoznawać należy tak jak w języku potocznym, czyli zgodności myśli/wypowiedzi z rzeczywistością (czyli faktami i danymi). Izba wskazuje, że oświadczenie lub dokument podający odmienny stan od rzeczywistości nie ma przymiotu błędnego dokumentu (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 września 2009 r. sygn. akt: KIO 1161/09).

W wyroku z dnia 26 września 2014 roku wydanym w sprawach połączonych o sygn. akt T-91/12 i T-280/12 Trybunału Sprawiedliwości wskazał, że nie ma potrzeby przeprowadzania analizy uzasadnienia nieprawdziwości złożonych informacji. W orzeczeniu tym czytamy: *w przypadku, gdy (...) wykryte zostanie przekazanie nieprawdziwych danych, Komisja nie ma innego wyboru niż zastosowanie art. 94 lit. b rozporządzenia finansowego i odrzucenie danej kandydatury. Jak bowiem słusznie podkreśliła komisja podczas rozprawy, pojęcie nieprawdziwe oświadczenia odnosi się zarówno do oświadczeń umyślnie wprowadzających w błąd jak i tych, które są błędne w wyniku niedbalstwa i po ustaleniu nieprawdziwego charakteru oświadczeń nie ma potrzeby przeprowadzania analizy uzasadnienia nieprawdziwości*

Z powyższego orzeczenia jednoznacznie wynika, że dla dokonania oceny przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o regulację z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, która została wprowadzona do polskiego porządku prawnego w oparciu zgodnie z dyrektywą 2004/18/WE, a która w swej treści jest zbieżna z postanowieniami Rozporządzenia finansowego (art. 94 ust. 2 lit. b) na nie mają znaczenia przyczyny z powodu, których doszło do podania nieprawdziwych informacji.

Nie różni się bowiem skutków podania nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania ze względu na postać winy wykonawcy (wina umyślna czy niedbalstwo). Istotne jest, że informacja jest obiektywnie niezgodna z rzeczywistością; takie stanowisko – choć krytykowane o orzeczeniach sądów powszechnych (porównaj np.: wyrok SO Warszawa Praga w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 roku sygn. akt IV Ca 683/12) – znajdowało już odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2009 r. sygn. akt: KIO 1778/09 Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 września 2009 r. sygn. akt: KIO 1161/09; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2012 r. sygn. akt: KIO 478/12;). W prawodawstwie europejskim (Dyrektywa 2004/18/WE - art. 45 ust. 2 lit. g) nakazuje się wykluczenie wykonawcy, jeżeli „*jest winny poważnego wprowadzenia w błąd*”. Zastosowaniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy nie można przeciwstawiać przepisu dyrektywy. Treść dyrektywy pozwoliła Państwu Członkowskiemu na implementację przepisów i ich uregulowanie w prawie krajowym przez określenie warunków wykonania postanowień dyrektywy. Na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych podstawą wykluczenia jest złożenie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, co jednoznacznie potwierdził również Trybunał Sprawiedliwości w wyżej przywołanym orzeczeniu.

Zaznaczyć należy również, co jest niesporne w orzecznictwie, że ustawa nie przewiduje żadnej możliwości sanowania nieprawdziwej informacji, nie znajdziemy w treści ustawy, ani uprawnienia ani obowiązku skierowanego do Zamawiającego do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe do złożenia informacji niewadliwych. Ustawowy tryb uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów określony w ustawie w art. 26 ust. 3 stosowany jest tylko wtedy, gdy po stronie wykonawcy składającego ofertę zaistniały uchybienia, których skutkiem jest niemożliwość wykazania na dzień składania ofert, że określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu spełnia (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2011 r. sygn. akt: KIO 801/11; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2011 r. sygn. akt: KIO 706/11; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2009 r. sygn. akt: KIO 1778/09; Wyrok Krajowej Izby

17

Odwoławczej z dnia 12 października 2009 r. sygn. akt: KIO 1223/09; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 sierpnia 2009 r. sygn. akt: KIO 1004/09;).

W rozpoznawanej sprawie wykonawca Mediacap S.A. został wezwany do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, w tym do uzupełnienia wykazu wykonanych głównych usług. Z dokumentów przedstawionych w odpowiedzi na wezwanie w ocenie Izby w sposób jednoznaczny wynika niespójności informacji zawartych w wykazie oraz „referencji”. W ocenie Izby, oczywiście przy uwzględnieniu faktu, że „referencje” tzn. informacje w nich zawarte nie muszą stanowić jednoznacznego odzwierciedlenia warunku udziału w postępowaniu bowiem pochodzą od podmiotu trzeciego. Jednakże z treści „referencji” przedstawionej przez wykonawcę, w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na okoliczność potwierdzenia realizacji warunku (część X pkt 1 lit. b) wynika, że wykonawca współpracował przy organizacji COP19 oraz, że zajmował się oznakowaniem Stadionu Narodowego. Nie jest to zgodne z informacją zawartą w samym Wykazie wykonanych usług, gdzie wykonawca wskazał, że realizował pełną organizację największej konferencji międzyrządowej na świecie / event – COP 19 jej przygotowanie, koordynowanie całego eventu w tym produkcja, scenariusze eventu, obsługa techniczna i kreatywna. Wykonawca wskazał, że odbiorcą usługi było Ministerstwo Środowiska. W ocenie Izby, po zbadaniu zawartych w złożonych przez wykonawcę dokumentach informacji należało przeprowadzić weryfikację w oparciu o art. 26 ust. 4 ustawy i wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Jednoznaczne zwroty zawarte w „referencji” (dokument z dnia 28 listopada 2013 roku pochodzący z Ministerstwa Środowiska od Podsekretarza Stanu) nie pozwalają w ocenie Izby wysnuć wniosków, że dokument potwierdza całą realizację nie odnosząc się jedynie w swej treści do poszczególnych elementów realizacji wykazanych w wykazie. Wskazać należy, że Odwołujący nie kwestionował i nie podważał prawdziwości wystawionego dokumentu, lecz wskazywał na konieczność jego badania w zakresie zgodności informacji zawartych w „referencji” a w wykazie wykonanych usług. Przeprowadzone przed Izbą, na rozprawie, postępowanie dowodowe potwierdziło w sposób niebudzący wątpliwości nieprawdziwość informacji zawartych w złożonych dokumentach. W pierwszej kolejności należy wskazać, że sam wykonawca Mediacap S.A. w złożonym na posiedzeniu oświadczeniu do protokołu wykazał, że usługę realizował na rzecz Targów Poznańskich, z którymi Ministerstwo Środowiska zawarło umowę w wyniku zamówienia

18

publicznego - co również zostało potwierdzone w Dowodzie nr 1 – oraz w wykazie wykonanych usług wskazał Ministerstwo Środowiska, bowiem tak rozumiał „Odbiorcę usługi”. Po drugie, zgodnie z informacjami zawartymi w Wykazie wykonanych usług wykonawca podał, że zrealizował całościowo COP 19 – pełna organizacja, przygotowanie, koordynowanie całego eventu, produkcja, scenariusze eventu obsługa techniczna i kreatywna. Natomiast z dokumentu jakim posłużył się w celu wykazania należytego spełnienia wykonania zamówienia wynika jednoznacznie, że zrealizował on oznakowanie Stadionu Narodowego. W trakcie rozprawy Odwołujący powołał (dowód nr 2) raport EBI jako spółki kapitałowe obowiązane są składać do Komisji Nadzoru Finansowego, z którego to

dowodu wynika, że umowę wykonawca podpisał Targami Poznańskimi oraz, że zakres prac jakie wykonywane były przez wykonawcę dotyczyły realizacji koncepcji logistycznej, aranżacji przestrzeni konferencyjnej, identyfikacji wizualnej oraz oznakowania wewnętrznego i zewnętrznego oraz kreacji i wizualizacji przestrzeni konferencyjnej na terenie Stadionu Narodowego.

W ocenie Izby, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przy uwzględnieniu orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości, nie ma potrzeby przeprowadzania analizy uzasadnienia nieprawdziwości złożonych informacji. W ocenie Izby, na podstawie zebranego materiału wykonawca Mediacap S.A. złożył nieprawdziwe informacje, co zostało wykazane powyżej. Wykonawca Mediacap S.A. nie przedstawił żadnego dowodu choćby uprawdopodobniającego realizację wskazanych w Wykazie wykonanych usług czynności, w szczególności nie przedstawił umowy jaką zawarł z Targami Poznańskimi na realizację ww. zadania, a która to umowa z całą pewnością określała zakres wykonywanych czynności. Tym samym została wypełniona pierwsza z przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Badając spełnienie przesłanki wpływu informacji na wynik postępowania Izba wskazuje, że niesporne w orzecznictwie KIO jest, że przy stwierdzeniu złożenia nieprawdziwych informacji w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wykonawca potwierdził w innym miejscu spełnienie tego warunku, nie podlega on wykluczeniu (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 roku o sygn. akt XXIII Ga 416/11). Jednakże jeżeli dokonując weryfikacji wykonawcy stwierdzone zostało złożenie nieprawdziwych informacji a spełnienie warunku nie znajduje potwierdzenia w innym miejscu (w innych dokumentach) to wykonawca podlega wykluczeniu i niemożliwym jest uzupełnienie dokumentów lub oświadczeń w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

19

W rozpoznawanym sprawie Mediacap S.A. złożył nieprawdziwe informacje, co zostało wykazane na rozprawie i jednocześnie w ofercie tego wykonawcy nie znajdują się dokumenty potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, dlatego też Zamawiający obowiązany był wykluczyć tego wykonawcę z postępowania.

Resumując powyższe, Izba uznała, że działanie Zamawiającego było nieprawidłowe, zaistniały przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, jak również w realiach tej sprawy Zamawiający mógł wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień a w konsekwencji Zamawiający powinien był wykluczyć wykonawcę Mediacap S.A. z postępowania.

Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia Mediacap S.A. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: (...) nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu* – z powodu nie wykazania spełnienia opisanego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia został zgłoszony zasadnie. Z uwagi na złożenie w rozpoznawanej sprawie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji dotyczących wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia oraz uwzględniając fakt, że wykonawca nie potwierdził w innym miejscu oferty spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia tzn. że nie wykazała on spełnienia tego warunku.

Wskazać należy, że podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania tj. art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy stanowią samodzielne, odrębne podstawy prawne wykluczenia z postępowania, jednakże w niektórych przypadkach – tak jak w rozpoznanej sprawie – choć podstawy te rozpoznawane są oddzielnie nie sposób odnosić się w uzasadnieniu ich ziszczenia do wspólnej argumentacji.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania i zapewni jednocześnie poszanowanie

zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 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).

Przewodniczący: