

WYROK

z dnia 28 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 25 maja 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 maja 2018 r. przez wykonawcę R. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą RYSY Architekci R. S. z siedzibą w Mysiadle, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Teatr Wielki - Opera Narodowa z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie o sygn. akt KIO 908/18 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie wykonawcy TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018) do uzupełnienia dokumentu zobowiązania podmiotu trzeciego, z którego treści wynikałoby realne udostępnienie zasobu tego podmiotu przez wskazanie jaki zasób zostaje udostępniony oraz przez określenie przez podmiot udostępniający zakresu realizacji części zamówienia, do którego wykonania się zobowiązuje odpowiednio do zakresu udostępnianych zasobów oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem wyniku dokonanej oceny złożonego uzupełnienia oraz ujawnienie informacji zastrzeżonych przez wykonawcę TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, jako tajemnica przedsiębiorstwa, a mianowicie wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie,

2. Pozostałe zarzuty odwołania uznaje za niezasadne;

3. Kosztami postępowania obciąża wnoszącego sprzeciw przystępującego wykonawcę TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i

3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł. 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę R. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą RYSY Architekci R. S. z siedzibą w Mysiadle tytułem wpisu od odwołania

3.2. Zasądza od wnoszącego sprzeciw przystępującego wykonawcy TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy R. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą RYSY Architekci R. S. z siedzibą w Mysiadle kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

3.3. Zasądza od wnoszącego sprzeciw przystępującego wykonawcy TPF Sp. z o.o.

z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Teatru Wielkiego - Opery Narodowej z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018) 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:

Sygn. akt KIO 908/18

Uzasadnienie

Zamawiający - Teatr Wielki - Opera Narodowa z siedzibą w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Wykonanie kompleksowej wielobranżowej dokumentacji architektoniczno-budowlanej, dotyczącej przebudowy budynku Teatru Wielkiego - Opery Narodowej zlokalizowanego przy Pl. Teatralnym 1 w Warszawie, na potrzeby poprawy jego bezpieczeństwa pożarowego wraz z uzyskaniem niezbędnych pozwoleń administracyjnych i uzgodnień oraz ze świadczeniem usługi nadzoru autorskiego”. Nr sprawy: ZP.260.4.2018. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 lutego 2018 r. za numerem 2018/ S 031-067699. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018 zwanej dalej „ustawą pzp”).

W dniu 7 maja 2018 r. odwołanie wniósł wykonawca R. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą RYSY Architekt R. S. z siedzibą w Mysiadle - dalej Odwołujący.

Odwołujący wniósł odwołanie na czynności i zaniechania Zamawiającego z dnia 27 kwietnia 2018 r. wobec wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - dalej Przystępujący, oraz z dnia 7 maja 2018 r. wobec odmowy udostępnienia Odwołującemu całości złożonych w postępowaniu dokumentów ze względu na zastrzeżenie przez Przystępującego informacji zawartych w wykazie usług oraz dołączonych do niego dokumentach jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy pzp oraz w związku z art. 22a ust. 2-4 ustawy pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego pomimo iż Wykonawca ten w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp, zaniechał wykazania braku podstaw do wykluczenia w stosunku do jednego z urzędujących członków zarządu podmiotu trzeciego, na którego zasobach Przystępujący polega w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

2. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy pzp oraz w związku z art. 22a ust. 2-4 ustawy pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego, pomimo iż Wykonawca ten, w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających umocowanie osoby występującej w imieniu podmiotu trzeciego, nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, w zakresie wymaganego doświadczenia, tj. nie udowodnił, iż podmiot trzeci udostępnił mu wiedzę i doświadczenie oraz iż realizując zamówienie Wykonawca będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego;

3. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy pzp oraz w związku z art. 22a ust. 2-4 ustawy pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego pomimo, iż Wykonawca ten nie wykazał, iż realizując zamówienie będzie

realnie dysponował zasobami podmiotu trzeciego, a podmiot ten wykona te usługi, których dotyczy udostępnienie zasobów wiedzy i doświadczenia;

4. art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (tj. z dnia 26 czerwca 2003 r.; Dz.U. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.; dalej: „uznk”) poprzez zaniechanie ujawnienia całości oferty złożonej przez Przystępującego, mimo iż zastrzeżone przez tego Wykonawcę informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a Wykonawca ten nie wykazał zasadności dokonanej zastrzeżenia.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i przeprowadzenia ponownej czynności badania i oceny ofert;
- 2) wykluczenia Przystępującego z postępowania ze względu na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz niewykazanie braku podstaw do wykluczenia;
- 3) ujawnienia informacji zastrzeżonych w ofercie Przystępującego, jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. ujawnienia wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie;
- 4) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu danego zamówienia, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, gdyż jest wykonawcą, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Uwzględnienie zarzutu odwołania w zakresie niewykazania przez Przystępującego dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego spowoduje wykluczenie tego Wykonawcy z postępowania, a tym samym, umożliwi Odwołującemu wybór jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu i uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Ponadto, brak możliwości weryfikacji oferty złożonej przez Przystępującego utrudni lub wręcz uniemożliwi ocenę prawidłowości późniejszych czynności Zamawiającego, w szczególności - czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i oceny spełniania przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu. Pozbawienie Odwołującego możliwości zapoznania się z ofertą konkurencji naraża go, zatem na szkodę poprzez pozbawienie możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Skuteczność wykazania interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, we wniesieniu odwołania w powyższych okolicznościach, potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza, m.in. w wyroku z dnia 26 stycznia 2012 r, sygn. KIO 100/12.

Odwołujący wskazał, że w dniu 27 kwietnia 2018 r. Zamawiający przestał za pomocą wiadomości e-mail informację o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, a tym samym, o uznaniu iż Wykonawca ten wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający w odpowiedzi na wniosek Odwołującego z dnia 27 kwietnia 2018 r. wyznaczył Odwołującemu termin na zapoznanie się z dokumentami złożonymi przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia - wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie - dopiero na dzień 7 maja 2018 r. W tym dniu, Zamawiający (który ze względu na dokonanie w dniu 27 kwietnia 2018 r. wyboru oferty najkorzystniejszej był zobowiązany do zakończenia do tego momentu czynności weryfikacji zasadności zastrzeżenia informacji i dokumentów podanych przez Przystępującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa) odmówił udostępnienia Odwołującemu całości złożonych w postępowaniu dokumentów ze względu na zastrzeżenie przez tego Wykonawcę informacji zawartych w wykazie usług i załączonych do niego dokumentach jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W związku z powyższym, odwołanie wniesione w dniu 7 maja 2018 r. należy uznać za złożone z zachowaniem terminu ustawowego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący zaznaczył, że w złożonej ofercie, Wykonawca Przystępujący powołał się na zasoby podmiotu trzeciego, tj. TPF ENGINEERING S.A. z siedzibą w Brukseli, w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Wykonawca nie przedstawił jednak żadnego dokumentu potwierdzającego umocowanie osoby podpisującej dokumenty w imieniu podmiotu trzeciego do działania w imieniu tej spółki, w szczególności do złożenia oświadczeń woli i wiedzy w postaci zobowiązania do udostępnienia zasobów oraz oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (formularz JEDZ). W związku z powyższym, w dniu 4 kwietnia 2018 r., Zamawiający wezwał tego Wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3a ustawy pzp do uzupełnienia dokumentów i wykazania umocowania p. S. B. (osoby podpisującej dokumenty w imieniu podmiotu trzeciego) do działania w imieniu TPF

ENGINEERING S.A. w wymaganym zakresie na dzień 21 marca 2018 r. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Przystępujący złożył wyciąg z rejestru dotyczący T.P.F. ENGINEERING z dnia 17 stycznia 2018 r. oraz poświadczony za zgodność z oryginałem przez TPF Sp. z o.o. dokument „kopia do opublikowania w belgijskim dzienniku urzędowym po złożeniu wniosku do kancelarii sądu” z dnia 15 maja 2017 r. Przedstawione przez Przystępującego dokumenty nie wykazują w sposób wystarczający, iż p. S. B. był umocowany do podpisania w imieniu podmiotu trzeciego zobowiązania do oddania zasobów do dyspozycji Przystępującego oraz oświadczenia JEDZ. W ocenie Odwołującego nawet gdyby uznać, że w dacie 21 marca 2018 r., p. S. B. był rzeczywiście jedynym upoważnionym członkiem zarządu (l'administrateur delegue), to w dalszym ciągu nie wykazuje to, iż zgodnie z przepisami prawa belgijskiego oraz statutem spółki był on upoważniony do podpisania w jej imieniu zobowiązania do udostępnienia zasobów oraz złożenia oświadczeń zawartych w JEDZ. Zgodnie z prawem belgijskim, „upoważniony członek zarządu” ujawniony w rejestrze handlowym jest upoważniony (w sposób wiążący dla spółki względem osób trzecich) do reprezentowania jej na podstawie samego wpisu w rejestrze wyłącznie w zakresie spraw mieszczących się w ramach tzw. zwykłego, codziennego zarządu (la gestion journaliere). W zakresie wykraczającym, może działać wyłącznie w oparciu o wcześniejsze odrębne upoważnienie ze strony całego zarządu. Wyznaczenie upoważnionego członka zarządu nie pozbawia bowiem zarządu jego uprawnień i odpowiedzialności za prowadzenie wszystkich spraw spółki. Wątpliwości w tym zakresie, nie rozwiewa bynajmniej przedstawiona przez Wykonawcę „kopia do opublikowania w załączniku do belgijskiego dziennika urzędowego”. Dokument ten sam w sobie nie może stanowić żadnej podstawy do przyznania uprawnień p. B., gdyż nie jest to ani pełnomocnictwo (uchwała zarządu) ani też nie ma pewności, że takie upoważnienie zostało przez spółkę opublikowane w dzienniku urzędowym w sposób wiążący ją wobec osób trzecich. Ponadto, fakt iż zarząd podjął rzekomo odrębną uchwałę w przedmiocie umocowania p. B. do samodzielnego reprezentowania spółki w zakresie „związanych ze składaniem ofert przez Spółkę” potwierdza jedynie wątpliwości, iż składanie zobowiązań do udostępnienia zasobów nie mieści się w granicach „codziennego zarządu”, do którego ograniczone są kompetencje l'administrateur delegue. W związku z powyższym, Przystępujący pomimo wezwania przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów wykazujących umocowanie osoby podpisującej zobowiązanie do oddania zasobów do dyspozycji oraz dokument JEDZ w imieniu TPF ENGINEERING S.A., nie sprostał temu obowiązкови, zaś Zamawiający z kolei, uznając że Przystępujący wykazał spełnianie na podstawie tych dokumentów warunków udziału w postępowaniu, zaniechał szczegółowego i rzetelnego zbadania faktycznego zakresu umocowania p. B. do reprezentowania podmiotu trzeciego udostępniającego Przystępującemu swoje zasoby. Powyższe, stanowi jednocześnie naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, którzy zobowiązani są wszyscy do jednoznacznego wykazania - pisemnie, w sposób udokumentowany realności dysponowania zasobami, które wykazują na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu już wraz ze składaną w postępowaniu ofertą. Biorąc powyższe pod uwagę, jak również fakt, iż Przystępujący był już jednokrotnie wzywany do należytego wykazania umocowania p. B. do reprezentowania TPF ENGINEERING S.A., stwierdzenie iż przedstawione dokumenty nie są wystarczające prowadzić powinno do uznania, iż Wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania, bez możliwości powtórnego wezwania do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie.

Ponadto Odwołujący podkreślił, że Przystępujący nie wykazał braku podstaw do wykluczenia w zakresie wszystkich członków zarządu TPF ENGINEERING S.A. (art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy pzp), co zgodnie z art. 22a ust. 3 ustawy pzp uniemożliwia skuteczne powoływanie się przez Wykonawcę na poleganie na zasobach takiego podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z przedstawionego przez Wykonawcę wyciągu z rejestru wynika, iż spółka TPF ENGINEERING S.A. posiada 5 urzędujących członków zarządu. Zgodnie z tym, Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia zaświadczeń z właściwego rejestru potwierdzających brak karalności dla 4 członków zarządu, gdyż w odpowiedzi na wezwanie do przedstawienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy pzp, Przystępujący złożył zaświadczenie dotyczące wyłącznie p. S. B. . W odpowiedzi na to wezwanie, Przystępujący złożył zaświadczenia z belgijskiego rejestru karnego dla 3 z 4 wskazanych osób. Dla czwartej osoby przedstawiono załącznik do publikacji w dzienniku urzędowym z 2006 r., z którego przetłumaczony fragment wskazuje, iż p. C. P., dla którego Wykonawca nie przedstawił zaświadczenia o niekaralności został powołany na 6-letnią kadencję razem z dwoma innymi dyrektorami. Przedstawione przez Przystępującego dokumenty potwierdzają wyłącznie fakt powołania p. C. P. na członka zarządu spółki, natomiast nie wynika stąd w żaden sposób fakt jego odwołania z pełnienia tej funkcji w roku 2012. Tym bardziej, iż załączony ponownie wyciąg z rejestru ze stycznia 2017 r. w dalszym ciągu wskazuje, iż osoba ta nie zakończyła pełnienia tej funkcji (podana jest data rozpoczęcia, bez daty końcowej). Ponadto, wraz z p. P. tą samą uchwałą, na członka zarządu (również ze wskazaniem 6-letniej kadencji) został w 2006 r. powołany p. V. E. kadencja tej osoby nie wygasła w 2012 r., gdyż dla tego członka zarządu jako urzędującego, przedstawiono wymagane zaświadczenie o niekaralności. Wpisy obu członków zarządu w rejestrze wyglądają tak samo. Nie wyjaśniono, dlaczego mimo zakończenia kadencji członka zarządu już w roku

2012, w rejestrze spółki po 5 latach w dalszym ciągu widnieje on jako członek zarządu. Wątpliwości nie rozwiewa oświadczenie złożone przez p. S. B., gdyż takie oświadczenie nie ma mocy odwołującej członka zarządu z pełnionej przez niego funkcji ani też obalającej domniemanie wynikające z treści urzędowego rejestru. Wobec powyższego, Odwołujący wywodzi, iż Wykonawca, pomimo wezwania ze strony Zamawiającego, nie wykazał braku karalności wobec wszystkich urzędujących członków zarządu TPF ENGINEERING S.A. W szczególności, nie przedstawił wymaganego zaświadczenia urzędowego potwierdzającego brak karalności jednego z urzędujących członków zarządu, ani też nie wykazał że osoba ta przestała uprzednio pełnić funkcję urzędującego członka zarządu spółki. Nie wynika to z dokumentów przedstawionych przez Wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy pzp, a zatem należy uznać, iż niewykazanie braku podstaw do wykluczenia podmiotu udostępniającego Wykonawcy swoje zasoby, uniemożliwia Przystępującemu wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu z powołaniem się na zasoby oddawane do dyspozycji przez ten podmiot. W związku z powyższym, Przystępujący podlega wykluczeniu z postępowania ze względu na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutu dotyczącego nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu ze względu na brak realności udostępnienia zdolności przez podmiot trzeci i nie wykazanie, iż podmiot ten zrealizuje te usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane pomimo, iż sam wykaz usług nie został ujawniony Odwołującemu, Odwołujący zaznaczył że zasadność przedmiotowego zarzutu wynika z treści Formularza oferty Przystępującego oraz zobowiązania do oddania do dyspozycji zasobów przez TPF ENGINEERING S.A. (str. 8 oferty Przystępującego). Wbrew wymaganiom zawartym wyraźnie w ustawie Prawo zamówień publicznych oraz powielonym w SIWZ, z treści zobowiązania nie wynika jednoznacznie, iż TPF ENGINEERING S.A. rzeczywiście wykona ten zakres usług, dla którego niezbędne było wykazanie się wymaganym doświadczeniem, co powoduje jednocześnie pozorność dysponowania przez Przystępującego zasobami niezbędnymi do rzetelnej realizacji zamówienia. W treści dokumentu Zobowiązania wskazano co prawda, iż Przystępującego i TPF ENGINEERING S.A. będzie łączyła umowa podwykonawcza, jednakże z opisu sposobu wykorzystania udostępnianych zasobów wynika, iż podmiot trzeci świadczyć będzie na rzecz TPF Sp. z o.o. „usługi doradcze i podwykonawcze (...) w zakresie kontroli jakościowej nad wykonaniem opracowań projektowych”. Powyższy zakres zobowiązania w żaden sposób nie odnosi się do faktycznego wykonania przez podmiot trzeci posiadający niezbędną wiedzę i doświadczenie tego zakresu, dla którego są one wymagane. Treść zobowiązania wskazuje na taką właśnie pozorność dysponowania zasobami niezbędnymi do wykonania zamówienia i wykazywanymi na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, do której wyeliminowania dążył Ustawodawca wprowadzając znowelizowane brzmienie ustawy pzp i nowe wymagania art. 22a ust. 1-4 ustawy pzp. W Formularzu oferty Przystępujący, w miejscu określającym zakres prac w ramach realizacji zamówienia, które Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, nie wskazano udziału TPF ENGINEERING S.A. w opracowywaniu wielobranżowej dokumentacji projektowej. Informacji takiej nie zawiera również JEDZ Wykonawcy. Powyższe, niezależnie od treści samego wykazu usług, wskazuje na bezpośrednie naruszenie art. 22a ust. 4 ustawy pzp, uniemożliwiające uznanie, iż Przystępujący polegając na zasobach udostępnionych przez TPF ENGINEERING

S.A. wykazało skutecznie spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Mając na uwadze fakt, iż zakres wykorzystania podwykonawców przy realizacji zamówienia stanowi treść oferty

Wykonawcy, jak również to iż był on już wzywany do uzupełnienia informacji i dokumentów w zakresie wykazania zdolności technicznej i zawodowej, zasadne w przedmiotowej sytuacji jest wykluczenie Przystępującego z postępowania bez kolejnego wzywania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

Odnosnie zarzutu niezasadnego zastrzeżenia jawności dokumentów i informacji dotyczących wykazu usługi i załączonych do niego dokumentów, w ocenie Odwołującego powoływanie się przez Przystępującego na tajemnicę przedsiębiorstwa ma na celu wyłącznie utrudnienie weryfikacji poprawności przedstawionych Zamawiającemu informacji. Potwierdza to nie tylko zakres podlegających zastrzeżeniu informacji całość wykazu i dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług w nim wskazanych, ale również fakt, iż dysponowanie przez Wykonawcę doświadczeniem zgodnym z postawionymi w postępowaniu warunkami budzi istotne wątpliwości. Odwołujący wskazał, iż projekty realizowane przez Przystępującego oraz TPF ENGINEERING S.A. na terenie Polski, a ujawnione na stronie internetowej TPF ENGINEERING S.A. nie potwierdzają dysponowania wymaganymi w postępowaniu zdolnościami technicznymi i zawodowymi przez żadną ze spółek. Ponadto, profil działalności TPF ENGINEERING S.A. wskazuje, iż spółka ta posiada doświadczenie wyłącznie w zakresie realizacji wąskiej, specjalistycznej części dokumentacji, nie zaś dokumentacji wielobranżowej takiej jak wymagana w przedmiotowym postępowaniu. Warunki udziału w postępowaniu (niekwestionowane przez Przystępującego) dopuszczały de facto wykazanie się wyłącznie doświadczeniem uzyskanym przy projektowaniu budynków na terenie Polski, zatem budzi wątpliwości czy usługi wskazane w wykazie a wykonywane przez

spółkę belgijską rzeczywiście odpowiadają warunkom postawionym w postępowaniu. Zastrzeżenie wykazu i dokumentów potwierdzających należyte wykonanie i zaniechanie odtajnienia tych informacji przez Zamawiającego uniemożliwia Odwołującemu weryfikację poprawności decyzji Zamawiającego w zakresie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego i ewentualnie postawienie zarzutów w przedmiotowym zakresie. Zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, w związku z tym, przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Zgodnie z brzmieniem art. 8 ust. 3 ustawy pzp, w celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest nie tylko wykazanie, iż dane informacje spełniają obiektywne przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, ale również - prawidłowe wykazanie tego faktu nie później niż w dniu składania ofert. Brak złożenia w ofercie uzasadnienia lub też złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia skutkować musi odtajnieniem przedmiotowych informacji. Obowiązek zbadania prawidłowości dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia spoczywa na Zamawiającym, który zgodnie z art.

8 ust. 1-3, jak również art. 7 ust. 1 ustawy pzp, zobowiązany jest do rzetelnego przeprowadzenia tej czynności i ujawnienia informacji nieprawidłowo objętych przez wykonawcę klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności oferty jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Utrzymanie przez Zamawiającego takiego zastrzeżenia, stanowi rażące naruszenie nie tylko art. 8 ust. 1-3 ustawy pzp, ale również zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 26 lutego 2013, sygn. akt: KIO 297/13, KIO 300/13. Odnosząc się do argumentacji przedstawionej w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy dołączonym do oferty Przystępującego i uzupełnianych dokumentów, Odwołujący zwrócił uwagę na nieprawidłowość podtrzymania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do informacji objętych przez tego wykonawcę ochroną w złożonej ofercie. Przede wszystkim, sam Wykonawca przyznaje, że jako tajemnica przedsiębiorstwa zastrzegł informacje i dokumenty dotyczące zamówień wykonywanych na rzecz podmiotów publicznych. Wbrew wyrywkowym cytatom z orzecznictwa (zwraca uwagę ograniczony wybór orzecznictwa KIO, które ponadto ograniczone jest do roku 2010 r.), utrwalone orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (a także sądów administracyjnych) nie pozostawia wątpliwości, iż informacje dotyczące realizacji usług i zamówień wykonywanych na rzecz podmiotów publicznych jako dotyczące działalności tych podmiotów oraz wydatkowania środków publicznych, podlegają ujawnieniu każdemu wnioskującemu o ich uzyskanie na podstawie przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej. Wykonawca nie wykazał, które konkretnie z informacji stanowią tajemnicę przedsiębiorcy uniemożliwiającą ich ujawnienie na podstawie wyjątku (interpretowanego ściśle) wynikającego z ww. ustawy. Poza tym, przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa nie spełniają również automatycznie zamówienia wykonywane dla podmiotów prywatnych, gdyż w stosunku do takich usług, również konieczne jest wykazanie zasadności uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, co zostało potwierdzone m.in. w wyroku KIO z dnia 10 kwietnia 2014 r., sygn. KIO 594/14. Nawet jeśli przyjąć, że pojedyncze informacje techniczne rzekomo ujawniane w treści referencji/protokołów zasługują na ten walor, to zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa powinno się ograniczać wyłącznie to tychże pojedynczych informacji a nie obejmować w całości pełną treść wykazu usług i dołączonych do niego dokumentów potwierdzających należyte wykonanie. Za nieuzasadnione należy uznać zastrzeżenie całości dokumentów, w sytuacji, gdy mogą one zawierać także informacje nie zasługujące na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie jest bowiem możliwe całościowe, ogólne zastrzeżenie dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tylko ze względu na to, iż w ich treści mogły znaleźć się pojedyncze informacje, które zdaniem Wykonawcy podlegają ochronie na podstawie art. 11 ust. 4 uznk. Utajnieniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje - słowa/wyrażenia które spełniają wszystkie warunki wymagane dla zastosowania wyjątku, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp. W szczególności, waloru tajemnicy przedsiębiorstwa nie można w przedmiotowym przypadku przyznać takim podstawowym informacjom, jak oznaczenie podmiotu, miejsce wykonania i rodzaj usługi, opis usługi potwierdzający spełnienie warunki, daty wykonania, wartość oraz sposób w jaki potwierdzono je należyte wykonanie. Twierdzenia Wykonawcy przedstawione w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy są w tym zakresie bezzasadne i nie poparte informacjami, które potwierdzałyby wartość gospodarczą i faktyczny charakter poufny tego rodzaju informacji - w odniesieniu do jakichkolwiek usług, a w szczególności usług wykonywanych na rzecz podmiotów publicznych, co do których informacje nie mają charakteru tajemnicy handlowej. Dotyczy to zarówno informacji zawartych w Wykazie wykonanych zamówień, jak i w załączonych dokumentach potwierdzających ich należyte wykonanie. W tym kontekście, zapewnienia Wykonawcy o podjęciu działań zmierzających do zachowania ww. informacji w poufności są gołosłowne, gdyż decydując się na realizację zamówienia na rzecz podmiotu publicznego, w szczególności w reżimie prawa zamówień publicznych, Wykonawca ma świadomość i wyraża zgodę na ujawnianie informacji dotyczący zamówienia w zakresie wymaganym przepisami prawa (m.in. ustawy prawo zamówień publicznych i ustawy o dostępie do informacji publicznej). Ponadto Odwołujący

podkreślił, iż Wykonawca ujawnił podmiot trzeci, na którego zasoby się powołuje, zatem nie podlega ochronie relacja handlowa łącząca obie spółki (należące zresztą do jednej grupy kapitałowej). Na uwagę zasługuje również fakt, iż TPF ENGINEERING S.A. publikuje na swojej stronie internetowej liczne projekty (wraz ze wskazaniem ich nazw, dat realizacji oraz odbiorców) wykonywane przez siebie lub spółki z grupy - TPF. Zastrzeżenie w Wykazie usług i załączonych dokumentach tych informacji, które są publicznie dostępne na stronie internetowej i żądanie przyznania im ochrony jako tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy lub podmiotu trzeciego jest w ocenie Odwołującego całkowicie bezzasadne. Za tajemnicę przedsiębiorstwa nie można uznać takich informacji, które są powszechnie dostępne, były lub zostaną ujawnione publicznie, lub wobec których wykonawca nie podjął właściwych kroków zmierzających do zachowania ich poufności. Uzasadniając zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca powinien w stosunku do każdej z tych informacji wskazać i udowodnić, iż spełniają przesłanki z art. 11 ust. 4 uznk. Nie jest wystarczające przy tym jedynie twierdzenie wykonawcy, iż informacja takie przesłanki spełnia, ale konieczne jest tego konkretne wykazanie, w odniesieniu nie tylko do rodzaju zastrzeżonych informacji, ale do konkretnych danych podlegających zastrzeżeniu przez wykonawcę. W tym, wymagane jest nie tylko wskazanie kroków, które podejmuje wykonawca w celu zachowania w poufności zastrzeganych informacji, ale udowodnienie ich podjęcia w danym przypadku za pomocą przedstawionych wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia dowodów (do wyjaśnień przedstawianych przez Przystępującego na żadnym etapie postępowania nie dołączono żadnych dowodów). Ciężar udowodnienia, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który przedmiotowego zastrzeżenia dokonuje. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 7 listopada 2011 r., KIO 2255/11, KIO 2283/11. Brak jest w ocenie Odwołującego podstaw do uznania informacji zastrzeżonych w ofercie Przystępującego za tajemnicę przedsiębiorstwa zarówno z przyczyn formalnych jak i przyczyn materialno-prawnych. Z przyczyn formalnych, gdyż pomimo ciężącego na nim ciężaru dowodu, Wykonawcy nie udowodnił, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk. Z przyczyn materialno-prawnych, z uwagi na fakt, że informacje zastrzeżone przez Przystępującego nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 22 maja 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i oświadczył, że uwzględnia zarzut nr 4 dotyczący naruszenia art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w ten sposób, że zgodnie z żądaniem Odwołującego ujawni wykaz usług złożony przez wykonawcę TPF sp. z o.o. wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. Ponadto, uwzględnia zarzut nr 3 dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3) ustawy pzp, w ten sposób, że dokona ponownej oceny treści zobowiązania podmiotu trzeciego i zgodnie z art. 26 ust. 3 wezwie wykonawcę TPF Sp. z o.o. do wyjaśnienia w jaki sposób udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia w sposób wskazany w załączonym do oferty zobowiązaniu zapewni zgodność z art. 22a ust. 4 ustawy pzp lub uzupełnienia wykazu o doświadczenia własne, gdyby okazało się, że zasoby podmiotu trzeciego nie są udostępnione w sposób zapewniający zgodność z wspomnianym przepisem. Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutów nr 1 oraz 2 jako bezzasadnych.

W zakresie uwzględnionego zarzutu 4 odwołania Zamawiający wskazał, że Przystępujący zawarł w wykazie usług w celu potwierdzania spełniania warunku zdolności zawodowej w zakresie doświadczenia zarówno usługi wykonane samodzielnie jak i wykonane przez podmiot udostępniający mu zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia. Usługi zrealizowane samodzielnie były usługami realizowanymi na terenie Polski dla odbiorcy prywatnego zaś usługi wykonane przez podmiot trzeci - poza granicami Polski na rzecz odbiorcy publicznego. W załączonym uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca przytoczył szereg argumentów z orzecznictwa i piśmiennictwa wskazujące na sposób postrzegania informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Lecz jednocześnie nie przedstawił żadnych informacji o tym czemu nie ujawnia informacji składanych w toku postępowania. Uzasadnienie tajemnicy złożone w dniu 16 kwietnia 2018 r wraz z żądanym wykazem usług, którego ujawnienia domaga się Odwołujący, ale także wcześniejsze identyczne w treści wyjaśnienia złożone wraz z ofertą dotyczące informacji z JEDZ nie odnoszą się w żaden sposób do zastrzeżenia informacji o realizowanych przez siebie samodzielnie (TPF Sp. z o.o.) umów z sektorem prywatnym - przeciwnie uzasadnienie dotyczy tylko własnych świadczeń dla podmiotów publicznych. Takich w załączonym wykazie brak, a więc uzasadnienie nie dotyczy stanu faktycznego. Brak uzasadnienia w wymaganym zakresie oznacza brak zachowania należytej staranności w zabezpieczeniu informacji, a tym samym brak jednej z konstytutywnych przesłanek uznania informacji za tajemnicę zgodnie z art. 11 ust 4 ustawy ZNK. W stosunku do wykazu doświadczeń stanowiących zasoby podmiotu trzeciego w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa brak jakiegokolwiek wzmianki. Także w tym przypadku należy więc uznać, że zastrzeżenie bez wymaganego ustawowo uzasadnienia jest nieskuteczne.

Odnośnie zarzutu 3 odwołania Zamawiający zaznaczył, że w treści zobowiązania

podmiotu trzeciego - TPF Engineering S.A. z Brukseli wskazano, że sposób wykorzystania zasobów tej spółki i zakres jej udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie polegał na usługach doradczych i podwykonawstwie w zakresie „kontroli jakościowej nad wykonaniem opracowań projektowych”. Uwzględniając treść art. 22a ust. 4 ustawy pzp to ponieważ zgodnie z SIWZ (pkt VIII. 3.1. lit a oraz b) zamawiający żądał aby wykonawca posiadał doświadczenie w opracowaniu wielobranżowej dokumentacji projektowej, a także ponieważ przedmiotem obecnego zamówienia jest wykonanie kompleksowej wielobranżowej dokumentacji (pkt III 1 SIWZ), to podmiot który udostępnia swe zasoby w postaci doświadczenia winien wykonać dokumentację. Ze względu na udostępnienie części wymaganego doświadczenia (zdobytego przy realizacji 1 z 2 wymaganych jako doświadczenie usług), zamawiający nie oczekuje że podmiot ten wykona całość prac do których niezbędne jest doświadczenie, jednakże nie może ograniczyć się jedynie do kontroli jakościowej i doradztwa przy wykonywaniu dokumentacji, gdyż przedmiotem zamówienia jest „wykonanie” a nie „kontrola nad wykonaniem” dokumentacji, zaś zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy pzp podmiot ma wykonać usługę, co do której oddał swe zasoby, a nie nadzorować jej wykonanie. Zamawiający wskazał, że ze względu na brak obligatoryjnego wezwania w tym zakresie do złożenia wyjaśnień lub uzupełnień treści dokumentu Zamawiający nie może wykonać wprost żądania zawartego w odwołaniu. Zaznaczył, że wezwie Wykonawcę do czynności wskazanych na wstępie dzieląc jednak argumentację przedstawioną w zarzucie odwołania.

Zarzut 1 odwołania Zamawiający uznał za całkowicie niezasadny. Odwołujący wskazał, że Przystępujący nie złożył informacji o niekaralności jednego z członków zarządu podmiotu udostępniającego zasoby tj TPF Engineering S.A. p. C. P.. Jednakże osoba ta nie jest członkiem zarządu tej spółki, co wyjaśnił wykonawca TPF Sp. z o.o. w wyjaśnieniach z dnia 23 kwietnia 2018 r., a Zamawiający potwierdził w ogólnodostępnym rejestrze na oficjalnych

stronach rządowej administracji Belgii.

Odnosząc zarzut 2 odwołania dotyczącego niewystarczającego wykazania poprzez złożone dokumenty prawa p. S. B. do samodzielnej reprezentacji TPF Engineering S.A., Zamawiający wskazał, że żaden przepis nie dozwala zamawiającemu by domagał się od wykonawców składania dowodów uprawniających osoby podpisujące zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania zasobów do dyspozycji wykonawcy, do reprezentacji takiego podmiotu. Brak złożenia takiego dokumentu nie może więc być zarzutem. T o Odwołujący winien wykazać że p. S. B. nie jest uprawniony do takiej reprezentacji, aby skutecznie podważyć podpisane przez niego w imieniu TPF Engineering S.A. zobowiązanie. Zamawiający sprawdził jednak w rejestrze, iż p. S. B. jest jedynym upoważnionym członkiem zarządu (tzw. Administrateur delegue lub Managing Director). Prawo do podpisania przez niego zobowiązania do oddania zasobów wiedzy i doświadczenia nie wymagało więc żadnych dodatkowych dowodów.

Przystępujący złożył w dniu 25 maja 2018 r. na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestnika Postępowania pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości, jako oczywiście bezzasadnego.

Odnosząc się do zarzutu 2 odwołania Przystępujący oświadczył, że Pan S. B. był uprawniony do reprezentowania firmy TPF Engineering S.A., w tym w szczególności w zakresie podpisania zobowiązania do udostępnienia zasobów oraz złożenia oświadczeń. Przystępujący przedłożył w toku postępowania dokumenty potwierdzające powyższe uprawnienie. Jeśli Odwołujący twierdzi, że Pan S. B. nie jest uprawniony do reprezentowania firmy TPF Engineering S.A., to powinien przedstawić w tym zakresie dowody. Tymczasem twierdzenia odwołania ograniczają się do twierdzeń, bez przedstawienia jakichkolwiek dowodów. W związku z czym zarzut powinien zostać oddalony.

W zakresie zarzutu 1 odwołania Przystępujący oświadczył, że Pan C. P. nie był od 2012 roku członkiem zarządu. Pan C. P. został powołany w 2006 roku na okres 6-letniej kadencji, która skończyła się w roku 2012. Jeśli Odwołujący twierdzi, że Pan C. P. jest/był członkiem zarządu na dzień składania ofert, to powinien przedstawić w tym zakresie dowody, w szczególności dowód, iż Pan C. P. został powołany na kolejną kadencję. Tymczasem twierdzenia odwołania ograniczają się do twierdzeń, bez przedstawienia jakichkolwiek dowodów. W związku z czym zarzut powinien zostać oddalony.

Przechodząc do zarzutu 3 odwołania Przystępujący wskazał, że nie złożył w ofercie oświadczenia, iż zamierza zrealizować zamówienie samodzielnie, bez udziału podwykonawców. Wręcz przeciwnie — wskazał w ofercie, iż zamówienie zamierza zrealizować z udziałem podwykonawców. Po drugie — zawarte w ofercie (str. 8 — 9) „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia” zawiera w swej treści wyraźne i jasne zobowiązanie spółki TPF Engineering S.A. do świadczenia na rzecz TPF Sp. z o.o. usług doradczych i podwykonawczych. Po trzecie — w JEDZ Przystępujący wskazał, że

polega na zdolności innych podmiotów i przedstawił JEDZ dla takiego podmiotu, tj. dla TPF Engineering S.A. (str. 24 — 36 oferty). Tym samym z całości oferty wynika wprost, że TPF Engineering S.A. — jako podmiot udostępniający zasoby — będzie brał rzeczywisty udział w realizacji zamówienia, w tym będzie świadczył usługi jako podwykonawca.

Odnosnie zarzutu 4 odwołania Przystępujący wskazał, że przedmiotowy zarzut został podniesiony przez Odwołującego po terminie. Zarzut obejmuje jedynie „zaniechanie ujawnienia całości oferty złożonej przez wykonawcę TPF”. W odwołaniu wskazano, że po pozyskaniu w dniu 27 kwietnia 2018 roku informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej Odwołujący w tym dniu złożył wniosek o wgląd w dokumentację, zaś Zamawiający wyznaczył termin dopiero na dzień 7 maja 2018 roku. Odwołujący pominął w opisie stanu faktycznego fakt, iż już uprzednio, w dniu 19 kwietnia 2018 roku złożył do Zamawiającego wniosek o udostępnienie informacji publicznej w postaci „wszelkiej ewentualnej korespondencji (w szczególności pisma z wezwaniem do złożenia lub uzupełnienia dokumentów, wyjaśnienia treści oferty wraz z ewentualnymi wyjaśnieniami lub uzupełnieniami oferty)”. Podkreślił, że jako podstawę prawną pisma Odwołujący wskazał zarówno art. 2 ust. 1 Ustawy o dostępie do informacji publicznej, jak i art. 96 ust. 3 ustawy pzp i § 4 pkt 1 i 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W odpowiedzi Zamawiający pismem z dnia 23 kwietnia 2018 roku, działając w oparciu o art. 96 ust. 3 ustawy pzp i § 4 pkt 1 i 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazał Odwołującemu skan korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że w piśmie z dnia 18 kwietnia 2018r. dokonał zanonimizowania informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jak wynika z powyższego Zamawiający udostępnił Odwołującemu dokumenty nawet w terminie wcześniejszym, niż był do tego zobowiązany—tj. udostępnił załączniki do protokołu przed wyborem oferty najkorzystniejszej. Zamawiający nie udostępnił jedynie części dokumentów skutecznie zastrzeżonych przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wobec powyższego Odwołujący od dnia 23 kwietnia 2018 roku był w posiadaniu zarówno części dokumentów, jak i w posiadaniu informacji, że Zamawiający dokonał oceny skuteczności zastrzeżenia części informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa i uznał to zastrzeżenie za skuteczne. Tym samym termin na odwołanie na czynności i zaniechania Zamawiającego, o których Odwołujący dowiedział się w dniu 23 kwietnia 2018 roku minął w dniu 4 maja 2018 roku. A zatem przedmiotowy zarzut został podniesiony z naruszeniem terminu i jako taki nie może zostać uwzględniony, Przykładowo Przystępujący wskazał na kilka orzeczeń uzasadniających powyższe stanowisko: postanowienie z dnia 4 stycznia 2017 roku, KIO 2401/17, wyrok z dnia 8 marca 2018 roku, KIO 256/18, wyrok z dnia 22 lutego 2018 roku, KIO 227/18.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania. Odnosząc się do zgłoszonego przez Przystępującego wniosku o odrzucenie odwołania w części dotyczącej zarzutu zaniechania ujawnienia całości oferty złożonej przez Przystępującego, jako zarzutu postawionego po upływie ustawowego terminu Izba zaznacza, że ustawa pzp nie przewiduje częściowego odrzucenia odwołania. Izba postanowiła rozpoznać odwołanie i przeprowadzić postępowanie dowodowe w odniesieniu do każdego zarzutu.

Izba stwierdziła, że przystąpienie zgłoszone przez wykonawcę TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie spełniało wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy pzp i jako takie było skuteczne. Izba postanowiła dopuścić do postępowania odwoławczego wykonawcę TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w charakterze uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego.

Izba oceniła, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia, jak również możliwość poniesienia szkody, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy. Odwołujący jest podmiotem, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty. W przypadku uwzględnienia odwołania i wykluczenia Przystępującego z postępowania oferta Odwołującego może zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. Odwołujący może ponieść szkodę przejawiającą się ostatecznie w nieuzyskaniu zamówienia. Ponadto, brak możliwości weryfikacji oferty złożonej przez Przystępującego utrudni lub wręcz uniemożliwi Odwołującemu ocenę prawidłowości czynności Zamawiającego, w szczególności - czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i oceny spełniania przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu. Pozbawienie Odwołującego możliwości zapoznania się z ofertą konkurencji naraża go zatem na szkodę poprzez pozbawienie możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Izba wskazuje, że Zamawiający na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestnika Postępowania

potwierdził oświadczenie zawarte w odpowiedzi na odwołanie i uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu 3 i 4 odwołania, a więc zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy pzp oraz w związku z art. 22a ust. 2-4 ustawy pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego pomimo, iż Wykonawca ten nie wykazał, iż realizując zamówienie będzie realnie dysponował zasobami podmiotu trzeciego, a podmiot ten wykona te usługi, których dotyczy udostępnienie zasobów wiedzy i doświadczenia oraz zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp w zw.

z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (tj. z dnia 26 czerwca 2003 r.; Dz.U. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.; dalej: „uznk”) poprzez zaniechanie ujawnienia całości oferty złożonej przez Przystępującego, mimo iż zastrzeżone przez tego Wykonawcę informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a Wykonawca ten nie wykazał zasadności dokonanego zastrzeżenia. Wobec uwzględnienia zarzutów w części sprzeciw do protokołu wniósł Przystępujący po stronie Zamawiającego. Odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów odwołania, dlatego też zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy pzp Izba rozpoznała odwołanie w całości.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ wraz z załącznikami, wyjaśnień treści SIWZ i modyfikacji treści SIWZ, informacji z otwarcia ofert, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, oferty Przystępującego, wezwań Zamawiającego do wyjaśnień i do uzupełnień, dokumentów i wyjaśnień złożonych przez Przystępującego na wezwanie, wniosków Odwołującego o udostępnienie dokumentacji postępowania i odpowiedzi Zamawiającego. Ponadto Izba dopuściła dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego: wyciąg z oferty TPF Sp. z o.o. w postępowaniu dla Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego, wyciąg z przepisów z belgijskiego kodeksu spółek z dnia 7 maja 1999 r. wraz z tłumaczeniem, wyciąg z przepisów z belgijskiego kodeksu prawa gospodarczego z dnia 28 lutego 2013 r. wraz z tłumaczeniem, Zamawiającego: duplikat do zamieszczenia w załącznikach Monitora belgijskiego złożony 15 maja 2017 r. oraz z 4 lipca 2012 r. wraz z tłumaczeniem, wyciąg z belgijskiego rejestru działalności gospodarczej na dzień 14 maja 2018 r. wraz z tłumaczeniem oraz Przystępującego: opinię prawną sporządzoną przez adwokata prawa belgijskiego Panią J. B. K., pismo Odwołującego z dnia 19 kwietnia 2018 r., pismo Zamawiającego z dnia 23 kwietnia 2018 r.

Na podstawie tych dokumentów oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie

Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia

w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Mianowicie, Izba ustaliła, że w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego otwarcie ofert odbyło się dnia 26 marca 2018 r., a oferty złożyło dwóch Wykonawców: Przystępujący oraz Odwołujący W dniu 27 kwietnia 2018 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego, która uzyskała 73,66 pkt łącznie we wszystkich kryteriach oceny ofert, natomiast oferta Odwołującego: 72,00 pkt.

Zgodnie z pkt VIII 3. SIWZ: „W postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy spełniają niżej określone warunki udziału w postępowaniu, ustalone przez Zamawiającego na podstawie art. 22 ust. 1b w związku z art. 22 ust. 1 Ustawy: Zdolność techniczna lub zawodowa 1) Posiadanie wiedzy i doświadczenia: Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) zrealizował co najmniej 2 (dwa) zamówienia, z których każde obejmowało co najmniej jedno z niżej wskazanych opracowań: a) opracowanie wielobranżowej dokumentacji projektowej dla budynku podlegającego nadzorowi Konserwatora Zabytków o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 10.000 m2, dla którego wydane było pozwolenie na budowę, b) opracowanie wielobranżowej dokumentacji projektowej dla budynku, dla którego było wydane pozytywne Postanowienie Komendanta Wojewódzkiego Państwowej Straży Pożarnej na spełnienie wymagań w zakresie bezpieczeństwa pożarowego w inny sposób niż to określono w: 1) § 2. Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. z 2015 r. poz.1422) lub 2) § 1. Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 7 czerwca 2010 r. w sprawie ochrony przeciwpożarowej budynków, innych obiektów budowlanych i terenów (Dz. U. z 2010 r nr 109 poz. 719), oraz dla którego zostało wydane pozwolenie na budowę. Zamawiający nie dopuszcza sytuacji, w której Wykonawca przedstawi tylko jedno zamówienie obejmujące łącznie oba opracowania wymienione w lit. a) i w lit. b).”

W myśl pkt IX 1B. SIWZ: „Jeżeli Wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazanych w Rozdziale VIII pkt 2 i 3 SIWZ będzie polegał, zgodnie z przepisem art. 22a Ustawy, na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, będzie zobowiązany przedstawić, wraz z ofertą zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.”

Zgodnie z pkt IX 2 SIWZ: „Wykaz oświadczeń i dokumentów składanych przez Wykonawcę w postępowaniu na wezwanie Zamawiającego zgodnie z art. 26 ust. 1 Ustawy potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu wskazanych w Rozdziale VIII SIWZ: Ad pkt 3 - Zdolność techniczna lub zawodowa, ad ppkt 1) - Posiadanie wiedzy i doświadczenia, wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi te zostały wykonane lub są wykonywane, z załączeniem dowodów, o których mowa w § 2 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia o dokumentach, określających czy te usługi zostały wykonane należycie, (według wzoru podanego w załączniku nr 5 do SIWZ).”

W myśl pkt IX 3 1) SIWZ: „Wykaz oświadczeń i dokumentów składanych przez Wykonawcę w postępowaniu na wezwanie Zamawiającego zgodnie z art. 26 ust. 1 Ustawy potwierdzających brak podstaw wykluczenia: 1) informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy, wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, o której mowa w § 5 pkt 1) Rozporządzenia o dokumentach.”

Zgodnie z pkt IX 9-12 SIWZ: „9. Jeżeli Wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazanych w Rozdziale VIII pkt 2 i pkt 3 SIWZ będzie polegał, zgodnie z przepisem art. 22a Ustawy, na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, na wezwanie Zamawiającego będzie zobowiązany, na potwierdzenie że podmioty te nie podlegają wykluczeniu, przedstawić w odniesieniu do tych podmiotów dokumenty, o których mowa w pkt 3 ppkt 1) oraz udowodnić, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. 10. Zamawiający w celu oceny, czy Wykonawca polegający w niniejszym postępowaniu na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów zażąda od Wykonawcy, o ile nie będzie to wynikać ze zobowiązania, o którym mowa w pkt 1 B powyżej, dokumentów określających: 1) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu; 2) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego; 3) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego; 4) czy podmiot, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą. 11. Oświadczenia, o których mowa w Rozdziale IX dotyczące Wykonawcy i innych podmiotów, na których zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy oraz podwykonawców, składane są w oryginale. Dokumenty, o których mowa w Rozdziale IX, inne niż oświadczenia, o których mowa w zdaniu pierwszym składane są w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. Poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiednio Wykonawca, podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego albo podwykonawca, w zakresie dokumentów, które każdego z nich dotyczą. 12. Wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia wskazanych w SIWZ jeżeli Zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty tego Wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (DzU z 2017 r. poz. 570).”

W myśl pkt XIV 6 SIWZ: „Jeżeli Wykonawca zastrzega, że informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie mogą być udostępniane, informacje te należy umieścić w oddzielnej kopercie wewnątrz opakowania oferty, oznaczonej napisem: „Informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa”. W przypadku zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa wykonawca zobowiązany jest do wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią taką tajemnicę. Zamawiający wymaga złożenia wyjaśnień w tym zakresie wraz z ofertą.”

Zgodnie z pkt XXI SIWZ: „Informacje w sprawie podwykonawstwa 1. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. 2. Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją. 3. Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę w ofercie części zamówienia,

których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podania przez Wykonawcę firm podwykonawców również w JEDZ - część II sekcja D a także przedstawienia wobec nich oświadczenia w formie JEDZ, o którym mowa w Rozdziale IX pkt 1."

Wykonawca TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w ofercie wskazał, że zamierza zrealizować zamówienie z udziałem podwykonawców w zakresie środowiskowym, geologii i geodezji. Wykonawca złożył dokument JEDZ podmiotu, na którego zasobach polega celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu - TPF ENGINEERING S.A. i jako Dyrektor Generalny został wskazany p. S. B., który podpisał formularz JEDZ Spółki. Przystępujący złożył również wraz z ofertą zobowiązanie TPF ENGINEERING S.A. do oddania do dyspozycji Wykonawcy „zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia w trakcie realizacji Zamówienia na potrzeby jego wykonania.” podpisane przez p. S. B. . Zakres zasobów udostępnianych: „wiedza i doświadczenie, w tym potencjał techniczny, zdobyte przez TPF ENGINEERING s.a. przy wykonaniu w ciągu ostatnich 5 lat przed złożeniem ofert usług polegających na wykonaniu projektów tożsamy z przedmiotem zamówienia”. Sposób wykorzystania zasobów: „W przypadku wybrania oferty firmy TPF Sp. z o. o., jako oferty najkorzystniejszej, gwarantujemy Wykonawcy rzeczywiste dysponowanie w/w zasobami i rzeczywisty dostęp do tych zasobów. W tym celu zobowiązujemy się przez okres realizacji Zamówienia świadczyć na rzecz TPF Sp. z o. o. usługi doradcze i podwykonawcze w części zrealizowania Zamówienia w zakresie „Wykonanie kompleksowej wielobranżowej dokumentacji architektoniczno-budowlanej, dotyczącej przebudowy budynku Teatru Wielkiego - Opery Narodowej zlokalizowanego przy Pl. Teatralnym 1 w Warszawie, na potrzeby poprawy jego bezpieczeństwa pożarowego wraz z uzyskaniem niezbędnych pozwoleń administracyjnych i uzgodnień oraz ze świadczeniem usługi nadzoru autorskiego” w zakresie kontroli jakościowej nad wykonaniem opracowań projektowych. Usługi te świadczone będą na podstawie umowy podwykonawczej.”

Wykonawca złożył wraz z ofertą oraz z przedkładanymi dokumentami uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z wykazaniem, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przystępujący w treści powołał tezy z piśmiennictwa oraz orzecznictwa. Jednocześnie odnośnie wykazu usług oraz dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie przedstawił uzasadnienie wobec usług wykonanych przez Wykonawcę TPF Sp. z o.o. dla podmiotów publicznych. Wykonawca wskazał, że nie ujawnia nazw kontrahentów, rodzajów usług i miejsca ich realizacji, wartości usług oraz terminów ich wykonywania: „Ujawnienie tych informacji naraziłoby Wykonawcę na roszczenia ze strony kontrahentów z tytułu ujawnienia tajemnicy. Nawet w umowach dotyczących zamówienia dla podmiotów publicznych — znajdują się klauzule o ochronie poufności informacji i danych uzyskanych w związku z tą umową. [...] Określony podmiot konkurencyjny może ustalić na tej podstawie z jakiego rodzaju konkurencją spotka się na danym obszarze swojej działalności, jak kształtuje się aktywność konkurencji z punktu widzenia czasu, odbiorcy i przedmiotu usług i co istotne, jaki jest poziom cen oferowanych przez konkurencję. [...] Zasadne było i jest zastrzeżenie całego wykazu wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie. Te dokumenty brane pod uwagę jako całość mają wartość gospodarczą i jako całość nie są publicznie dostępne. Są one jako całość chronione. Nawet jeśli wycinkowe dane są publicznie dostępne to nie posiadają wartości gospodarczej, a na ich podstawie nikt nie jest w stanie odtworzyć wykazu. [...] Niezależnie od powyższego Wykonawca wyjaśnia, iż u Wykonawcy obowiązują następujące zasady ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa: klauzule poufności w umowach z pracownikami i osobami współpracującymi klauzule poufności w umowach handlowych, obejmujące zarówno kontrahenta jak i pracowników oraz osoby współpracujące z kontrahentem. Wymagania systemów Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji PN-ISO/IEC 27001:2007 oraz wymagania systemu zarządzania jakością PN — EN ISO 9001:2009.”

Dnia 4 kwietnia 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia pełnomocnictwa lub innego dokumentu potwierdzającego umocowanie dla p. S. B. do podpisania zobowiązania w imieniu TPF ENGINEERING S.A. Dnia 4 kwietnia 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy pzp do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzających brak podstaw do wykluczenia opisanych w SIWZ również w stosunku do podmiotu trzeciego, na którego zasoby powołał się Wykonawca. W dniu 16 kwietnia 2018 r. Przystępujący przekazał (w uzasadnieniu orzeczenia wskazane zostały wyłącznie dokumenty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy) m.in. wyciąg zupełny danych przedsiębiorstwa na dzień 17 stycznia 2017 r. firmy TPF ENGINEERING S.A., w którym jako upoważniony członek zarządu został wskazany p. S. B., natomiast p. C. P. został wskazany jako członek zarządu z datą rozpoczęcia pełnienia funkcji - 22 maja 2006 r. Jednocześnie przedłożył kopię do opublikowania w belgijskim dzienniku urzędowym z dnia 15 maja 2017 r., w której wskazano że zgodnie z protokołem ze zgromadzenia rady nadzorczej z dnia 15 maja 2017 r., Pana S. B., dyrektora zarządzającego, upoważniono do samodzielnego podpisywania wszystkich dokumentów związanych ze składaniem ofert przez Spółkę.

Upoważnienie jest ważne do odwołania. Wszystkie złożone dokumenty zostały przekazane wraz z tłumaczeniem na język polski. Przystępujący złożył również wykaz usług wraz z

dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. W dniu 18 kwietnia 2018 r. Zamawiający skierował do Przystępującego wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp m.in. w zakresie wątpliwości dotyczących usług wskazanych w wykazie oraz w zakresie złożenia informacji z KRK dla pozostałych członków zarządu spółki TPF ENGINEERING S.A., na której zasobach polega Wykonawca celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym dla p. C. P. . W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący pismem z dnia 23 kwietnia 2018 r. przekazał uzupełniony wykaz usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie wraz z wyjaśnieniami oraz wskazał, że p. C. P. pełnił funkcję Dyrektora Generalnego firmy TPF ENGINEERING S.A. do roku 2012 i obecnie nie wchodzi w skład Zarządu spółki. Przedstawił również załącznik do belgijskiego Dziennika Urzędowego z dnia 16 czerwca 2006 r., z którego wynika że p. C. P. został powołany na sześciolletnią kadencję kończącą się na corocznym posiedzeniu w 2012 r. oraz oświadczenie z dnia 19 kwietnia 2018 r. p. S. B., że p. C. P. pełnił funkcję Dyrektora Generalnego firmy TPF ENGINEERING S.A. do roku 2012 i obecnie nie wchodzi w skład Zarządu spółki. W dniu 24 kwietnia 2018 r. Zamawiający skierował w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp wezwanie do wyjaśnień dotyczących wątpliwości odnośnie usług wskazanych w wykazie, które Wykonawca złożył dnia 26 kwietnia 2018 r.

W dniu 19 kwietnia 2018 r. z wnioskiem do Zamawiającego udostępnienie informacji publicznej zwrócił się Odwołujący, a mianowicie przesłania wszelkiej ewentualnej korespondencji w postępowaniu (wezwania do wyjaśnień, uzupełnieniem, złożone wyjaśnienia, uzupełnienia) w terminie od dnia otwarcia ofert do dnia przesłania przedmiotowego pisma. Pismem z dnia 23 kwietnia 2018 r. kierowanym do Odwołującego Zamawiający wskazał, że przekazuje skan wnioskowanej korespondencji i jednocześnie poinformował, że w skanie pisma do Przystępującego z dnia 18 kwietnia 2018 r. - wezwaniu do uzupełnienia, Zamawiający był zobowiązany do zanonimizowania informacji, które Przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 27 kwietnia 2018 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o udzielenie informacji czy Zamawiający zakończył już proces oceny zasadności zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji zawartych w ofercie Wykonawcy TPF Sp. z o.o. tj. wykazu wykonanych zamówień oraz dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie. W przypadku zakończenia procesu badania Odwołujący zwrócił się z prośbą o przesłanie skanów dokumentów lub udostępnienie ich do wglądu w dniu 2 maja 2018 r. Jednocześnie wskazał, że Wykonawca TPF Sp. z o.o. niezasadnie dokonał zastrzeżenia części złożonej przez siebie oferty jako tajemnica przedsiębiorstwa, mimo iż dokumenty i informacje tam zawarte nie wypełniają przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu konkurencji. Powyższe potwierdza również treść uzasadnienia w tym zakresie przedstawionego przez Wykonawcę. Odwołujący przedstawił w tym zakresie szeroką argumentację i wniósł o jej uwzględnienie przy dokonywaniu przez Zamawiającego oceny zasadności zastrzeżenia przez TPF Sp. z o.o. informacji zawartych w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz wniósł o poinformowanie Odwołującego o wyniku przedmiotowego badania i udostępnienie dokumentów/informacji podlegających odtajnieniu w ofercie TPF Sp. z o.o. Dnia 4 maja 2018 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej, a mianowicie pozostałej korespondencji (w szczególności pisma z: wezwaniem do złożenia lub uzupełnienia dokumentów, wyjaśnienia treści oferty wraz z ewentualnymi wyjaśnieniami lub uzupełnieniami oferty) pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą TPF Sp. z o.o. w okresie pomiędzy terminem uzyskania wcześniejszej korespondencji z dnia 23 kwietnia 2018 r. a dniem wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający pismem z dnia 7 maja 2018 r. w odpowiedzi na wniosek Odwołującego z dnia 27 kwietnia 2018 r. poinformował, że po dokonanej ocenie zastrzeżenia informacji, zawartych w ofercie złożonej przez Wykonawcę TPF Sp. z o.o., jako tajemnica przedsiębiorstwa, Zamawiający stwierdził, że zastrzeżenie dokonane zostało prawidłowo. Jednocześnie również pismem z dnia 7 maja 2018 r. przekazał Odwołującemu skan korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą TPF Sp. z o.o. i poinformował, że w skanie pisma do Wykonawcy TPF Sp. z o.o. z dnia 24 kwietnia 2018 r. — wezwaniu do złożenia wyjaśnień, Zamawiający był zobowiązany do zanonimizowania informacji, które Wykonawca TPF Sp. z o.o. zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z wyciągu z oferty TPF Sp. z o.o. w postępowaniu dla Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego wynika, że w tym postępowaniu Wykonawca zastrzegł jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa m.in. wykaz wykonanych zamówień i dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie oraz zobowiązanie podmiotu trzeciego. W stosunku do tych dokumentów przedstawił tożsame uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jak w niniejszym postępowaniu.

Z wyciągu z przepisów z belgijskiego Kodeksu spółek z dnia 7 maja 1999 r. złożonego wraz z tłumaczeniem na język polski wynika, że zgodnie z art. 522 § 2: „2. Rada dyrektorów reprezentuje spółkę wobec osób trzecich oraz przed sądem, jako powód lub pozwany.

Jednakże statut może przyznać jednemu lub większej liczbie dyrektorów, prawo do reprezentowania spółki samodzielnie lub wspólnie. Klauzula ta jest skuteczna wobec osób trzecich. Statut może ograniczać to prawo, ale ograniczenia te, jak również możliwy podział zadań uzgodniony przez dyrektorów, nie są skuteczne wobec osób trzecich, nawet jeśli zostały opublikowane.”; zgodnie z art. 525: „Bieżące zarządzanie sprawami spółki, jak również reprezentowanie spółki w odniesieniu do tych spraw, może być powierzone jednej lub większej liczbie osób, niezależnie od tego, czy są akcjonariuszami, czy nie, działających samodzielnie lub wspólnie. Ich mianowanie, odwoływanie i obowiązki reguluje statut spółki. Jednakże ograniczenia w zakresie ich prawa do reprezentacji w zakresie bieżącego zarządu są nieskuteczne w stosunku do stron trzecich, nawet jeśli zostały opublikowane. Klauzula, zgodnie z którą bieżące zarządzanie jest powierzone jednej lub większej liczbie osób działających samodzielnie lub wspólnie, jest skuteczna wobec stron trzecich na warunkach przewidzianych w art. 76.”; zgodnie z art. 76: „Akty i zawiadomienia, których opublikowanie jest przewidziane, wiążą strony trzecie dopiero od dnia ich opublikowania w formie wyciągu lub przez odniesienie w załącznikach do Monitora belgijskiego, chyba że spółka udowodni, że osoby trzecie wiedziały o nich wcześniej. Uważa się, że osoby trzecie zapoznały się z rocznymi sprawozdaniem finansowym, pod warunkiem że i od dnia ich opublikowania na stronie internetowej Narodowego Banku Belgii. Osoby trzecie mogą jednak powoływać się na czynności, co do których nie odbyła się publikacja. W przypadku transakcji dokonanych przed szesnastym dniem po publikacji, czynności te nie są skuteczne wobec stron trzecich, które udowodnią, że nie były w stanie poznać o nich informacji. W przypadku rozbieżności między tekstem złożonym a tekstem opublikowanym w załącznikach do Monitora belgijskiego, ten ostatni nie jest skuteczny wobec osób trzecich. Mogą one jednak się na nie powoływać, chyba że firma udowodni, że tekst złożony był im znany.” W dokumencie wskazano, że „Sąd Kasacyjny zdefiniował pojęcie bieżącego zarządzania jako uprawnienie do wykonywania czynności zarządczych wynikających z bieżących potrzeb spółki oraz tych, które pozwalają nie angażować zarządu ze względu na ich znikome znaczenie i potrzebę szybkiego rozwiązania (Cass, 17 września 1968 r., Rev. Prat Soc., 1970, s. 197). Cytat za artykułem: „Upoważniony do wykonywania bieżącego zarządu w ramach spółki akcyjnej”, 3.07.2013 r., Sebastien Verva.”

Z wyciągu z przepisów z belgijskiego kodeksu prawa gospodarczego z dnia 28 lutego 2013 r. wynika, że zgodnie z art. III.35: „Dane pochodzące z wyciągów z Banque-Carrefour des Entreprises mają moc dowodową, dopóki nie udowodniono faktów przeciwnych.”

W duplikacie do zamieszczenia w załącznikach Monitora belgijskiego złożonego 15 maja 2017 r. wraz z tłumaczeniem wskazano: „z protokołu zebrania Zarządu, które odbyło się dnia 15 marca 2017 r. wynika, że upoważnił on Pana S. B. pełniącego funkcję Pełnomocnika Zarządu do samodzielnego podpisywania wszystkich dokumentów dotyczących ofert składanych przez Przedsiębiorstwo. Niniejsze upoważnienie jest ważne na czas nieograniczony, aż do ewentualnego odwołania.”

W duplikacie do zamieszczenia w załącznikach Monitora belgijskiego z dnia 4 lipca 2012 r. wraz z tłumaczeniem wskazano: „Z protokołu Zgromadzenia Ogólnego, które odbyło się 1 czerwca 2012 r. wynika, że kooptacja Pana S. B. przyjęta przez Zarząd z datą 6 marca 2012 roku została zatwierdzona przez zgromadzenie, mandaty administracyjne Panów E. V. i

S. B., których termin ważności upłynął po zakończeniu niniejszego zgromadzenia, zostały odnowione na okres 6 lat, a ich termin ważności wygaśnie wraz z końcem Zgromadzenia ogólnego zwykłego w roku 2018.

Z wyciągu z belgijskiego rejestru działalności gospodarczej na dzień 14 maja 2018 r. wraz z tłumaczeniem wynika, że Dyrektorem Zarządzającym spółki TPF ENGINEERING S.A. jest p. S. B., natomiast w składzie zarządu nie widnieje p. C. P. .

Z opinii prawnej sporządzonej przez adwokata prawa belgijskiego Panią J. B. K. wynika, że została ona wydana w oparciu o dokumenty: dowód publikacji w Monitorze belgijskim z dnia 16 czerwca 2006 r., Extrait du Banque Carrefour des Entreprises z dnia 17 stycznia 2018 r., dowód publikacji w Monitorze belgijskim z dnia 24 maja 2017 r. Wskazano w niej, że z dokumentacji wynika, iż w ramach posiadanej władzy, Zarząd spółki akcyjnej (Rada Administracyjna) może, zgodnie z artykułem 525 KSH wyznaczyć osobę, która będzie reprezentowała spółkę w czynnościach dotyczących bieżącego zarządzania spółką. W dniu 24 maja 2017 r. została opublikowana, zgodnie z wymaganiami artykułu 76 KSH następująca informacja: „Jak wynika z protokołu obrad z posiedzenia Zarządu spółki, jakie odbyło się 15 marca 2017, Zarząd spółki dał Panu S. B., jako Administratorowi zarządzającemu, uprawnienia do podpisywania wszystkich dokumentów dotyczących ofert składanych przez Spółkę. Niniejsze uprawnienie jest dane na okres nieograniczony, aż do ewentualnego odwołania. S. B. Dyrektor zarządzający.” Wskazano również, że „Należy więc stwierdzić, że na podstawie przedstawionego dokumentu, który bezsprzecznie spełnia warunki prawne zarówno w zakresie treści jak i formy, aby wywoływać skutki prawne wobec osób trzecich, Pan S. B. został umocowany do jednoosobowego podpisywania dokumentów przetargowych w

imieniu firmy TPF ENGINEERING. Omawiany dokument nie wskazuje na ograniczenia w reprezentacji co do dokumentów związanych z ofertami składanymi przez spółkę. Dokumenty dotyczące ofert przetargowych stanowią szczególnie podzbiór w ogólnym zbiorze dokumentów ofertowych Spółki. Użycie szerokiego pojęcia: „uprawnienia do podpisu wszystkich dokumentów dotyczących ofert składanych przez spółkę”, pozwala wnioskować, że na mocy przedstawionego dokumentu Pan B. posiada uprawnienia do jednoosobowej reprezentacji spółki w zakresie dokumentów przetargowych.” W opinii podniesiono także, że dokumenty jasno wskazują, że przewidziana kadencja Pana C. P. skończyła się w roku 2012. Zaznaczono, że pełna kadencja w funkcji administratora trwa 6 lat. Przedłużenie mandatu administratora na następne lata, a co za tym idzie przedłużenie uprawnień i nominacji, wymagają nowej uchwały zgromadzenia wspólników oraz jej publikacji w Monitorze Belgijskim. Jeżeli po upływie kadencji przewidzianej w publikacji z dnia 16 czerwca 2006 r., nie został opublikowany w Monitorze Belgijskim żaden akt zawierający nową nominację Pana C. P. na stanowisko administratora, uważać należy, że od 2012 roku nie posiada on uprawnień i nie pełni funkcji administratora. Zaznaczono, że zgodnie z przepisami KSH, dokumenty dotyczące spółki, poddane obowiązkowej publikacji w Monitorze belgijskim stanowią bazę danych innych rejestrów mających charakter administracyjny i udostępnianych do wglądu, w tym oficjalnego, obowiązkowego rejestru danych: Banku Danych Przedsiębiorstw (Banque-Carrefour des Entreprises). Dane pochodzące z wyciągów z Banque-Carrefour des Entreprises mają moc dowodową, dopóki nie udowodniono faktów przeciwnych.

Izba zważyła, co następuje:

Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

1. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy pzp oraz w związku z art. 22a ust. 2-4 ustawy pzp w zw. art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy pzp poprzez

zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego pomimo iż Wykonawca ten w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp, zaniechał wykazania braku podstaw do wykluczenia w stosunku do jednego z urzędujących członków zarządu podmiotu trzeciego, na którego zasobach Przystępujący polega w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby w świetle zebranego materiału dowodowego zarzut nie potwierdził się.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy pzp „z postępowania wyklucza się wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 13.” Zamawiający określił w SIWZ, że jeśli Wykonawca powołał się na zasoby podmiotu trzeciego celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu to jest zobligowany do wykazania braku podstaw wkluczenia w stosunku do urzędujących członków organu zarządzającego tego podmiotu. Przystępujący powołał się w postępowaniu na zasoby Spółki TPF ENGINEERING S.A. Wskazać należy, że istotą sporu pomiędzy Stronami była okoliczność, że Przystępujący w toku postępowania przedstawił zaświadczenia z KRK wobec wszystkich członków zarządu Spółki TPF ENGINEERING S.A. poza zaświadczeniem dla p. C. P. . W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego skierowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp Przystępujący wyjaśnił, iż kadencja p. C. P. wygasła w 2012 r. i w tym zakresie przedstawił załącznik do belgijskiego Dziennika Urzędowego z dnia 16 czerwca 2006 r., z którego wynika że p. C. P. został powołany na sześcioletnią kadencję kończącą się na corocznym posiedzeniu w 2012 r. oraz oświadczenie z dnia 19 kwietnia 2018 r. p. S. B., że p. C. P. pełnił funkcję Dyrektora Generalnego firmy TPF ENGINEERING S.A. do roku 2012 i obecnie nie wchodzi w skład Zarządu spółki. Tym samym Przystępujący nie był zobowiązany do przedłożenia celem wykazania braku podstaw do wkluczenia podmiotu, na którego zasoby się powołuje zaświadczenia z KRK dla Pana C. P. . Odwołujący wywodził taki obowiązek z faktu, że w rejestrze przedłożonym przez Przystępującego w toku postępowania z dnia 17 stycznia 2017 r. w składzie zarządu widniał Pan C. P. . Odwołujący nie udowodnił jednak, że p. C. P. był członkiem zarządu Spółki na dzień składania przez Przystępującego wymaganych dokumentów. Dowody takie przedstawił natomiast Zamawiający, który jak wyjaśnił na rozprawie w trybie art. 26 ust. 6 ustawy pzp samodzielnie zweryfikował informacje przekazane przez Przystępującego w ogólnodostępnych belgijskich rejestrach. W tym zakresie przedłożył

Izbie dowody, z których wynika że p. C. P. w 2012 r. nie przedłużono kadencji na dalszy okres, w związku z powyższym nie widnieje on jako członek zarządu w rejestrze Spółki, jak wynika z wyciągu z belgijskiego rejestru działalności gospodarczej na dzień 14 maja 2018 r. Takie same wnioski można wywieść z opinii prawnej złożonej przez Przystępującego na rozprawie. Zgodnie z art. III.35 belgijskiego kodeksu prawa gospodarczego dane pochodzące z wyciągów z Banque-Carrefour des Entreprises mają moc dowodową, dopóki nie udowodniono faktów przeciwnych. Jeżeli zatem Odwołujący uważał, że p. C. P. był w składzie zarządu Spółki TPF ENGINEERING S.A., to powinien ten fakt udowodnić, czego jednak nie uczynił.

Wobec powyższego Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił twierdzeń objętych zarzutem, tym samym przesłanka do nakazania wykluczenia Przystępującego z postępowania nie zaistniała.

2. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy pzp

oraz w związku z art. 22a ust. 2-4 ustawy pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego, pomimo iż Wykonawca ten, w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających umocowanie osoby występującej w imieniu podmiotu trzeciego, nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, w zakresie wymaganego doświadczenia, tj. nie udowodnił, iż podmiot trzeci udostępnił mu wiedzę i doświadczenie oraz iż realizując zamówienie Wykonawca będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego.

Podniesiony zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

W przedmiotowym postępowaniu Przystępujący złożył wraz z ofertą zobowiązanie Spółki TPF ENGINEERING S.A. do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a także dokument JEDZ Spółki TPF ENGINEERING S.A., które zostały podpisane przez p. S. B. . Upoważnienie do podpisania tych dokumentów zostało zakwestionowane przez Odwołującego. W toku postępowania w odpowiedzi na wezwanie

Zamawiającego do uzupełnienia pełnomocnictwa lub innego dokumentu potwierdzającego umocowanie dla p. S. B. do podpisania zobowiązania w imieniu TPF ENGINEERING S.A. Przystępujący złożył wyciąg zupełny danych przedsiębiorstwa na dzień 17 stycznia 2017 r. firmy TPF ENGINEERING S.A., w którym jako upoważniony członek zarządu został wskazany p. S. B., a także kopię do opublikowania w belgijskim dzienniku urzędowym z dnia 15 maja 2017 r., w której wskazano że zgodnie z protokołem ze zgromadzenia rady nadzorczej z dnia 15 maja 2017 r., Pana S. B., dyrektora zarządzającego, upoważniono do samodzielnego podpisywania wszystkich dokumentów związanych ze składaniem ofert przez Spółkę. Spółka złożyła zatem powyższą informację do zamieszczenia w załącznikach Monitora belgijskiego. Zgodnie zaś z art. 76 belgijskiego kodeksu spółek handlowych w przypadku rozbieżności między tekstem złożonym a tekstem opublikowanym w załącznikach do Monitora belgijskiego, ten ostatni nie jest skuteczny wobec osób trzecich. Odwołujący celem potwierdzenia tez zawartych w odwołaniu złożył wyłącznie wyciągi z belgijskiego kodeksu spółek handlowych oraz kodeksu prawa gospodarczego. Przedstawił również fragment artykułu i wyroku Sądu Kasacyjnego z 1968 r. w zakresie czynności wchodzących w definicję „bieżącego zarządzania Spółką”. Dowody te jednak Izba uznała za niewystarczające do podważenia umocowania p. S. B. do działania w imieniu Spółki. Interpretacja dotycząca „bieżącego zarządzania Spółką” przedstawiona przez Odwołującego jest interpretacją autora artykułu z 2013 r. opartą na wyroku Sądu Kasacyjnego z 1970 r. Nie można uznać, że jest to interpretacja jedyna i prawidłowa. Ponadto, Zamawiający oświadczył na rozprawie, że w trybie art. 26 ust. 6 ustawy pzp zweryfikował informacje przedstawione przez Przystępującego w ogólnodostępnych rejestrach, co pozwoliło uznać Zamawiającemu dokumenty złożone przez Przystępującego jako wystarczające i prawidłowe. Przedłożył Izbie w tym zakresie dowody, z których wynika, że Dyrektorem Zarządzającym spółki TPF ENGINEERING S.A. jest p. S. B. oraz że z protokołu zebrania Zarządu, które odbyło się dnia 15 marca 2017 r. wynika, że upoważnił on Pana S. B. pełniącego funkcję Pełnomocnika Zarządu do samodzielnego podpisywania wszystkich dokumentów dotyczących ofert składanych przez Przedsiębiorstwo. Podstawą takiego działania Zarządu jest art. 522 § 2 belgijskiego kodeksu spółek handlowych. Pan S. B. uzyskał zatem od Zarządu Spółki upoważnienie do podpisywania wszystkich dokumentów przetargowych w imieniu Spółki. Umocowanie do podpisania dokumentu zobowiązania i formularza JEDZ zostało potwierdzone także przedłożoną przez Przystępującego opinią prawną, z której wynika, że umocowanie takie zostało opublikowane w Monitorze Belgijskim, a dokumenty dotyczące spółki, poddane obowiązkowej publikacji w Monitorze belgijskim stanowią bazę danych innych rejestrów mających charakter administracyjny i udostępnianych do wglądu, w tym oficjalnego, obowiązkowego rejestru danych: Banku Danych Przedsiębiorstw (Banque-Carrefour des Entreprises). Za udowodnione należało uznać prawo do występowania w imieniu Spółki przez p. S. B., co powoduje, że zobowiązanie oraz dokument JEDZ zostały złożone w tym zakresie prawidłowo. Zaznaczenia wymaga również,

że Przystępujący celem wypełnienia przesłanek art. 22a ust. 2 ustawy pzp był zobowiązany w szczególności przedstawić zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Słusznie podniósł Zamawiający, że żaden przepis nie pozwala Zamawiającemu stawiać wykonawcom wymagania składania dowodów uprawniających osoby podpisujące zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania zasobów do dyspozycji wykonawcy, do reprezentacji takiego podmiotu. Wymaganie takie nie wynika również z treści przedmiotowej SIWZ. Pomimo powyższego Zamawiający wezwał Wykonawcę do przedstawienia pełnomocnictwa bądź innego dokumentu, z którego wynikałoby prawo do reprezentowania Spółki dla p. S. B. . Przedkładając w tym zakresie „inne dokumenty” - rejestrowe, Przystępujący zadośćuczynił wezwaniu.

Mając na względzie, że uprawnienie do podpisywania dokumentów przetargowych wynika z ogólnodostępnych rejestrów Spółki, a informacje w nich zawarte mają moc dowodową, dopóki nie udowodniono faktów przeciwnych (art. III. 35 belgijskiego kodeksu prawa gospodarczego) w ocenie Izby Przystępujący udowodnił podstawę działania p. S. B. w imieniu Spółki.

W świetle powyższego Izba uznała, że dokument zobowiązania oraz formularz JEDZ złożone przez Przystępującego w postępowaniu zostały podpisane przez osobę upoważnioną do reprezentowania podmiotu udostępniającego zasoby.

3. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy pzp

oraz w związku z art. 22a ust. 2-4 ustawy pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego pomimo, iż Wykonawca ten nie wykazał, iż realizując zamówienie będzie realnie dysponował zasobami podmiotu trzeciego, a podmiot ten wykona te usługi, których dotyczy udostępnienie zasobów wiedzy i doświadczenia;

Izba uznała, że zarzut potwierdził się.

Zgodnie z art. 22a ustawy pzp Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Z treści takiego zobowiązania musi jednak wynikać w sposób nie budzący wątpliwości jaki zasób zostaje udostępniony oraz zakres realizacji części zamówienia, do którego wykonania zobowiązuje się dany podmiot odpowiednio do zakresu udostępnianych zasobów. W myśl art. 22a ust. 4 w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Dyspozycja powyższego artykułu obliuguje podmiot trzeci do wykonania usługi w takim zakresie w jakim zostają udostępnione zasoby celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z bieżącym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej jak i stanowiskiem doktryny w świetle znowelizowanej ustawy pzp udział w realizacji zamówienia poprzez doradztwo, konsultacje czy kontrolę nie jest wystarczający do uznania spełnienia przesłanki, o której mowa w art. 22a ust. 4 ustawy pzp - inny podmiot ma bowiem nie wziąć udziału w realizacji zamówienia a jest zobowiązany zrealizować zamówienie w zakresie w jakim udostępnił własne zasoby. „Udział w realizacji zamówienia może przybrać rozmaite formy zaangażowania podmiotu trzeciego, może realizować się w postaci doradztwa, konsultacji, nadzoru, uczestniczenia przy wykonywaniu określonych czynności, etc. Natomiast wymóg zrealizowania części zamówienia, z którymi wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą” (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2245/17). Ustawodawca tym samym przesądził, że realne udostępnienie takich zasobów w przypadku ww. warunków może polegać wyłącznie na wykonaniu przez podmiot udostępniający usług, do których takie zdolności są wymagane.

Przystępujący złożył wraz z ofertą zobowiązanie Spółki TPF ENGINEERING S.A. do udostępnienia Wykonawcy niezbędnych zasobów celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący podniósł, że Przystępujący nie wykazał realności udostępnionych zasobów oraz nie wskazał w treści oferty Spółki TPF ENGINEERING S.A., jako podwykonawcy, został podany jedynie zakres części zamówienia, którą Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy. Nie ma jednak w ocenie Izby znaczenia ustalenie, czy forma podwykonawstwa jest jedyną możliwą formą udziału w realizacji usługi przez podmiot trzeci, ale stwierdzenie, czy Odwołujący wykazał Zamawiającemu, iż będzie dysponował zdolnościami podmiotu trzeciego na etapie realizacji zamówienia. Zdaniem Izby, do takiego stwierdzenia nie uprawniała treść przedłożonego przez Przystępującego w toku postępowania zobowiązania do udostępnienia zasobów. Z treści przedłożonego przez Przystępującego

zobowiązania wynika, że Spółka TPF ENGINEERING S.A. zobowiązała się świadczyć „usługi doradcze i podwykonawcze w części zrealizowania Zamówienia w zakresie „Wykonanie kompleksowej wielobranżowej dokumentacji architektoniczno-budowlanej, dotyczącej przebudowy budynku Teatru Wielkiego - Opery Narodowej zlokalizowanego przy Pl. Teatralnym 1 w Warszawie, na potrzeby poprawy jego bezpieczeństwa pożarowego wraz z uzyskaniem niezbędnych pozwoleń administracyjnych i uzgodnień oraz ze świadczeniem usługi nadzoru autorskiego” w zakresie kontroli jakościowej nad wykonaniem opracowań projektowych.” Warunkiem w zakresie zdolności technicznej i zawodowej postawionym w SIWZ było natomiast wykonanie kompleksowej wielobranżowej dokumentacji architektoniczno-budowlanej, a nie usługi doradztwa i kontroli jakościowej nad jej realizacją. Wykonanie - w tym przypadku - opracowanie wielobranżowej dokumentacji projektowej ma polegać zatem na faktycznym zrealizowaniu, a nie udziale w realizacji poprzez kontrolę jakościową - doradztwo, konsultacje. Rację należy przyznać zarówno Odwołującemu, jak i Zamawiającemu, który uwzględnił omawiany zarzut odwołania, że Przystępujący nie wykazał, że podmiot trzeci wykona zamówienie w zakresie w jakim udostępnia zasoby celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Słusznie również podniósł Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że nie oczekuje wykonania całości usługi przez Spółkę TPF ENGINEERING S.A., a jedynie faktycznego zrealizowania zakresu w jakim zostały przez podmiot trzeci udostępnione zasoby. Przystępujący wskazał bowiem w wykazie usług jedno zamówienie zrealizowane samodzielnie, drugie natomiast przez Spółkę TPF ENGINEERING S.A.

Izba zaznacza, że w pewnych przypadkach uwzględniając zarzuty odwołania, których zakresem jest związana (art. 192 ust. 7 ustawy pzp) i jednocześnie nie będąc związana żądaniami odwołania, może orzec inaczej aniżeli wnosil odwołujący, co też Izba uczyniła w przedmiotowej sprawie i nakazała wezwanie Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do uzupełnienia dokumentu zobowiązania podmiotu trzeciego, z którego treści wynikałoby realne udostępnienie zasobu tego podmiotu przez wskazanie jaki zasób zostaje udostępniony oraz przez określenie przez podmiot udostępniający zakresu realizacji części zamówienia, do którego wykonania się zobowiązuje odpowiednio do zakresu udostępnianych zasobów. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, wykluczenie Wykonawcy z postępowania musi zostać poprzedzone obligatoryjnym wezwaniem Zamawiającego wskazującym na nieprawidłowości w ofercie wykonawcy. Co prawda Przystępujący był wzywany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do uzupełnienia dokumentów, jednak jak zostało przytoczone w ustaleniach faktycznych, nie dotyczyło ono okoliczności braku realności udostępnionych zasobów podmiotu trzeciego.

4. Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 4

ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (tj. z dnia 26 czerwca

2003 r.; Dz.U. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.; dalej: „uznk”) poprzez zaniechanie ujawnienia całości oferty złożonej przez Przystępującego, mimo iż zastrzeżone przez tego Wykonawcę informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a Wykonawca ten nie wykazał zasadności dokonanego zastrzeżenia.

W pierwszej kolejności odnosząc się do wniosku Przystępującego Izba wskazuje, że zarzut jako podniesiony w terminie podlegał rozpoznaniu. W tym zakresie Izba podziela stanowisko Odwołującego i Zamawiającego. Co prawda Odwołujący zwrócił się o udostępnienie informacji dotyczących oferty Przystępującego już w dniu 19 kwietnia 2018 r. Jednak Zamawiający w odpowiedzi z dnia 23 kwietnia 2018 r. wyłącznie określił, iż udostępnia dokumenty w zakresie niezastrzeżonym przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie określił natomiast czy dokonał względem udostępnianych dokumentów oceny zasadności zastrzeżenia. Dopiero dnia 7 maja 2018 r. w odpowiedzi na kolejny wniosek Odwołującego, uzyskał on informację, że Zamawiający zakończył proces badania zasadności zastrzeżenia przez Przystępującego informacji tajemnicą przedsiębiorstwa i uznał je za prawidłowe. Zamawiający również potwierdził powyższe okoliczności na jawnej rozprawie argumentując, że badanie zasadności zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi proces, który Zamawiający zakończył względem wszystkich składanych przez Przystępującego dokumentów w dniu 7 maja 2018 r. Zgodnie z art. 182 ust. 3 ustawy pzp, odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Odwołujący powziął takie wiadomości dnia 7 maja 2018 r. wobec czego sformułował zarzut odwołania. Mając na względzie powyższe Izba uznała, że odwołanie w zakresie podniesionego zarzutu zostało złożone w ustawowym terminie.

Jednocześnie Izba podkreśla, odnosząc się do twierdzenia Przystępującego o nieprawidłowym sformułowaniu przedmiotowego zarzutu, że z treści złożonego odwołania

w sposób niebudzący wątpliwości można wywieść, że zarzut zaniechania ujawnienia całości oferty złożonej przez Przystępującego obejmuje również dokumenty składane przez Przystępującego na żądanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy pzp, tj. wykaz usług wraz z dowodami, jako dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w dacie składania ofert i jako takich stanowiących jej część. Zgodnie z art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2018 r., poz. 1025 z późn. zm.), „Oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy.” W obecnym brzmieniu ustawy pzp również dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego są składane przez wykonawców na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy pzp, a przecież jako takie stanowią istotne postanowienia umowy - wykonawca zobowiązuje się zrealizować zamówienie zgodnie ze składanym dokumentem. Z powyższego można wywieść, że również dokumenty składane na wezwanie Zamawiającego stanowią część oferty wykonawcy, a zatem zarzut został w ocenie Izby sformułowany w sposób prawidłowy.

Przechodząc do merytorycznego rozpatrzenia zarzutu odwołania wskazać należy, że zgodnie z dyspozycją art. 8 ust. 1 ustawy pzp zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych. Przepis ten ma zagwarantować

transparentność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, realizując jednocześnie postulaty wynikające z zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz proporcjonalności. Zasada ta nie jest jednak absolutna, bowiem doznaje ograniczenia w odniesieniu do informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 UZNK. Prawo utajnienia informacji zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa dopuszczalne jest, 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 (art. 8 ust. 3 ustawy pzp). Wykonawca nie może natomiast zastrzec informacji dotyczących nazwy (firmy) oraz adresów wykonawców, a także informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji oraz warunków płatności zawartych/ w ofertach. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2017 r., sygn. KIO 686/17: „w odniesieniu do dokumentów przedstawianych na późniejszych etapach postępowania należy przyjąć, że zasadność zastrzeżenia zawartych w nich informacji musi być wykazana wraz ze złożeniem takiego dokumentu.” Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. „W świetle powyższego przepisu można powiedzieć, że aby dana informacja podlegała ochronie na podstawie u.z.n.k., musi spełniać następujące warunki: poufności, braku ujawnienia i zabezpieczenia informacji. W zasadzie powyższe przesłanki da się sprowadzić do jednego wspólnego mianownika, tj. poufności. Jeżeli bowiem przedsiębiorca nie podjął działań w celu zabezpieczenia poufności, to informacja nie jest poufna, skoro każdy może mieć do niej dostęp. Nie może być bowiem poufna informacja, co do której nie podjęto żadnych środków w celu zabezpieczenia jej poufności; informacja „ujawniona do wiadomości publicznej” nie może być poufna, nawet gdyby podjęto środki dla zabezpieczenia jej poufności na podstawie mylnego przekonania, że jest chroniona przez ustawę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przedsiębiorca musi bowiem mieć kontrolę nad informacją poufną. Jeżeli informacja jest powszechnie dostępna i w żaden sposób niezabezpieczona, takiej kontroli nie ma, ergo informacja nie ma charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa. Na uwagę zasługuje natomiast fakt, że „ujawnienie do wiadomości publicznej” jest interpretowane szeroko. Z ujawnieniem informacji będziemy mieli do czynienia nie tylko wtedy, gdy informacja jest znana niemal przez każdego obywatela, ale także wtedy, gdy taka informacja nie jest znana, ale jest łatwo dostępna dla każdego (np. gdy została opublikowana na stronie WWW lub w ogólnodostępnej prasie) lub co najmniej dla osób stykających się z danym rodzajem informacji, a więc głównie specjalistów w danej dziedzinie. (Sieradzka Małgorzata (red.), Zdyb Marian (red.), Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, wyd. II). Informacja „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to zatem informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem.

Przystępujący złożył w postępowaniu uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie m.in. wykazu usług oraz dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie. W wyjaśnieniach w sposób obszerny przywołane zostały tezy z piśmiennictwa oraz doktryny oraz treść art. 11 ust. 4 ustawy o ZNK. Przystępujący nie wykazał jednak w ocenie Izby, że zastrzeżonym informacjom można przypisać walor tajemnicy przedsiębiorstwa np. w zakresie wartości gospodarczej. Trudno za taką uznać w świetle treści samego uzasadnienia, informację dotyczącą rodzaju zamówienia, dat wykonania, wartości kontraktu oraz podmiotu na rzecz którego usługa była realizowana. Wskazać należy za wyrokiem KIO z dnia 7 czerwca 2011 r. KIO 1072/11, że wykonawcy składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia

publicznego powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. „Jawność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa”. Referencje potwierdzające wykonanie umów na rzecz publicznych podmiotów nie mogą stanowić informacji „nie podanej do wiadomości publicznej”, skoro w myśl ustawy o finansach publicznych wydatkowanie środków publicznych jest co do zasady jawne. Przystępujący powołał się na klauzule poufności zawierane z podmiotami publicznymi oraz z własnymi pracownikami, nie przedstawił jednak w tym zakresie żadnych dowodów. Abstrahując od powyższego przyznać należy rację Zamawiającemu, który uwzględnił niniejszy zarzut odwołania, że w istocie Wykonawca TPF Sp. z o.o. nie przedstawił uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa adekwatnie do złożonego wykazu usług, co prowadzi do wniosku że stosowne uzasadnienie nie zostało w ogóle złożone, a zatem zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa należy uznać za nieskuteczne. Przystępujący nie wykazał, że wykaz usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Uzasadnienie dotyczy usług wykonywanych samodzielnie przez Wykonawcę na rzecz podmiotów publicznych, a takich w wykazie brak, o czym nie miał wiedzy Odwołujący gdyż przedmiotowy wykaz usług nie został mu udostępniony. Na brak rzetelności po stronie Przystępującego oraz pewnego rodzaju automatyzm ukierunkowany na chęć utrudnienia weryfikacji złożonych dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu innym podmiotom - wykonawcom - wskazuje dowód przedłożony Izbie przez Odwołującego, gdzie w innym postępowaniu, pomimo iż zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa został również dokument zobowiązania to Wykonawca złożył tożsame w treści uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jak w niniejszym postępowaniu.

W ocenie Izby Przystępujący nie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, dlatego też Izba nakazała ujawnienie informacji zgodnie z żądaniem odwołania.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b oraz art. 192 ust. 9 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 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. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od wnoszącego sprzeciw Przystępującego TPF Sp. z o.o. na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie. Izba zasądziła również od wnoszącego sprzeciw Przystępującego TPF Sp. z o.o. na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie bowiem z brzmieniem § 5 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy zamawiający uwzględnił część zarzutów, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów odwołania, Izba zasądza od wnoszącego sprzeciw równowartość kwoty wpisu na rzecz odwołującego oraz koszty, o których mowa w § 3 pkt 2, na rzecz odwołującego lub zamawiającego. Izba uwzględniła zarzuty odwołania wyłącznie w zakresie w jakim uwzględniła zarzuty odwołania Zamawiający, a Przystępujący złożył sprzeciw. W przypadku braku sprzeciwu Przystępującego Zamawiający uzyskałby koszty wynagrodzenia pełnomocnika od Odwołującego, gdyż pozostałe zarzuty odwołania zostały uznane za niezasadne. Dlatego też, mając na względzie treść § 5 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia Izba zasądziła również koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego na podstawie faktury Vat złożonej przez Zamawiającego na rozprawie.

Izba nie uwzględniła kosztów w wysokości 90,00 zł z tytułu kosztów zastępstwa prawnego, stosownie bowiem do § 3 pkt 2 lit b 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 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47), do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż 3 600,00 zł.

Przewodniczący: