

Sygn. akt: KIO 1874/15

WYROK
z dnia 15 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2015 r. przez wykonawcę **Wyższą Szkołę Policji w Szczytnie, ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 111, 12-100 Szczytno** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa**.

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Wyższą Szkołę Policji w Szczytnie, ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 111 i:**
 - 2.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Komenda Główna Policji prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest usługa realizacji szkolenia w ramach Projektu „Na granicy terroryzmu – szkolenia z zakresu reagowania kryzysowego”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 lipca 2015 roku 2015/S 142 -262245.

W dniu 28 sierpnia 2015 roku odwołujący – Wyższa Szkoła Policji w Szczytnie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od:

1. czynności wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Odwołującego się i uznania jego oferty za odrzuconą,
2. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę IBD Business School Sp. z o.o. - lider konsorcjum, Sprint SA, Polska Fundacja Badań nad Zarządzaniem, IKG Instytut K. G. (dalej Konsorcjum), informacji zawartych w szczególności w następujących załącznikach do oferty tego wykonawcy uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, wykazu usług, wykazu osób, wykazu osób do obliczenia punktacji w kryterium oceny ofert,
3. zaniechania wykluczenia Konsorcjum ze względu na złożenie przez niego nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
4. zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum ze względu na niezgodność jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ),
5. zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum ze względu na fakt, iż oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
6. wyboru oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców oraz prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji,
2. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 9 oraz ust. 2 pkt 4 i ust. 4 w związku z art. 26 ust. 2a i 3 Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego się ze względu na nie wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w postaci braku podstaw do wykluczenia, wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp, na dzień upływu terminu składania ofert, podczas gdy Odwołujący się zaświadczeniem z Krajowego Rejestru Karnego wykazał brak podstaw do wykluczenia według stanu na dzień upływu terminu składania ofert,

3. naruszenie art. 8 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 96 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu się zastrzeżonych przez Konsorcjum informacji zawartych w szczególności w następujących załącznikach do oferty tego wykonawcy: uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, wykaz usług, wykaz osób, wykaz osób do obliczenia punktacji w kryterium oceny ofert, pomimo, że informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
4. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum pomimo, że złożył on nieprawdziwe informacje dotyczące spełnienia wymagań symulatora do działań kryzysowych przez będący w dyspozycji tego wykonawcy symulator,
5. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo, iż treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ, w szczególności w zakresie pojęcia symulatora działań kryzysowych i symulacji konstruktywnej,
6. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum mimo iż, zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
7. naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty, która taką nie jest.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania Odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą,
2. nakazanie Zamawiającemu odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu wszelkich zastrzeżonych przez Konsorcjum dokumentów, w szczególności: uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, wykazu usług, wykazu osób, wykazu osób do obliczenia punktacji w kryterium oceny ofert,
3. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z postępowania Konsorcjum,
4. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum,
5. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
6. zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego przez pełnomocnika, według norm przepisanych,
7. przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr 141/BF/15/AL oraz dowodów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania na okoliczności określone w pkt II ppkt 1-7 odwołania.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 9 oraz ust. 2 pkt 4 i ust. 4 w związku z art. 26 ust. 2a i 3 ustawy Pzp polegający na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci braku podstaw wykluczenia co do okoliczności wynikających z art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, na dzień upływu terminu składania ofert.

W tym zakresie Izba ustaliła, co następuje:

Pismem z dnia 17.08.2015 roku Zamawiający, powołując się na dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do przedłożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, według stanu nie później niż na dzień składania ofert, tj. na dzień 13.08.2015 roku.

W dniu 20.08.2015 roku, w określonym przez Zamawiającego terminie, Odwołujący przedłożył zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego, w treści którego w pkt 5 „Zakres danych, które mają być przedmiotem informacji o podmiocie zbiorowym” podano „stan na dzień 13.08.2015”. Na zaświadczeniu widnieje pieczęć urzędowa z adnotacją „NIE FIGURUJE 19.08.2015”.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Nie ulega wątpliwości, że przepis art. 26 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp nie wymaga, aby data wystawienia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp nie była późniejsza niż termin składania ofert, wymaga on jednakże, aby treść tych oświadczeń i dokumentów potwierdzała, że złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty potwierdzają spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. 2013 poz. 231) za aktualną należy uznać informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Warto również zauważyć, że przepisy rozporządzenia nie przewidują możliwości wykazania okoliczności stwierdzanych informacją z Krajowego Rejestru Karnego jakimkolwiek innym dokumentem.

Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej, wyrażanym w licznych orzeczeniach, które znajduje zastosowanie w rozpatrywanym stanie faktycznym, informacja z Krajowego Rejestru Karnego zaświadcza okoliczności wynikające z treści wpisów do Krajowego Rejestru Karnego według stanu na dzień, w którym informacja ta jest udzielana. Oznacza to, że nie jest możliwym jego uzyskanie z datą wsteczną. Oceny tej nie zmienia fakt umieszczenia w pkt 5 Informacji o podmiocie zbiorowym w pozycji „Zakres danych, które były przedmiotem informacji o podmiocie zbiorowym” daty na dzień składania ofert. Zdaniem Izby w pozycji rodzaj czy zakres danych, które mają być przedmiotem informacji o podmiocie zbiorowym, wypełnianej samodzielnie przez wnioskodawcę mogą być zamieszczone wyłącznie informacje dotyczące rodzaju Kartoteki Karnej (np. Kartoteka Karna, Nieletnich i inne) czy też zakresu przestępstw, których ma dotyczyć informacja. Zgodnie z art. 19 ust. ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym (Dz. U. nr 50, poz. 580 ze zm.) wniosek podmiotu zbiorowego, o którym mowa w art. 7 ust. 2, zawiera oznaczenie tego podmiotu i jego adres oraz podpis osoby uprawnionej do reprezentowania wnioskodawcy. Jeżeli we wniosku nie określono rodzaju i zakresu danych, które mają być przedmiotem informacji, informacja ta zawiera odpis wszystkich zapisów dotyczących wnioskodawcy zamieszczonych na kartach rejestracyjnych i zawiadomieniach. Oznacza to, że rodzaj i zakres danych mogą odnosić się wyłącznie do informacji na podstawie których przetwarzają się dane osobowe tj. kart rejestracyjnych i zawiadomieniach. Inne dane, samodzielnie wpisane przez wnioskodawcę jako wykraczające poza zakres informacji jakie są możliwe do

umieszczenia w tej pozycji, nie podlegają weryfikacji przez urzędnika wystawiającego zaświadczenie. Umieszczenie na zaświadczeniu daty składania ofert nie oznacza zatem, że w zaświadczeniu tym potwierdzono stan na dzień składania ofert. Przeciwnie z treści art. 20 ust. 1 b w zw. ust. 1 a ustawy z dnia 24 maja 2000 roku o Krajowym Rejestrze Karnym wynika, że w sytuacji, gdy podmiot składający wniosek lub zapytanie sam określił zakres żądanej informacji z Rejestru, bez istnienia w tym względzie szczególnej podstawy prawnej, biuro informacyjne nie dokonuje ich oceny.

W konsekwencji zaświadczenie o niekaralności, potwierdza jedynie stan na dzień jego wydania tj. dzień widniejący na pieczęci urzędowej z adnotacją NIE FIGURUJE. Tym samym nie ma możliwości uzupełnienia tego dokumentu w następstwie wezwania przez zamawiającego, w ten sposób, aby zaświadczenie wystawione po dacie terminu składania ofert potwierdzało niekaralność na dzień składania ofert. Podnieść należy, że w ramach uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wykonawca może złożyć informację z KRK potwierdzającą stan najpóźniej na dzień terminu składania ofert tylko wówczas, gdy wykonawca uzyskał stosowny dokument przed upływem terminu składania ofert. Ponieważ złożenie dokumentu KRK wydanego po upływie terminu składania ofert nie potwierdza braku podstaw do wykluczenia, określonych w art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp, wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Podobne stanowisko wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu z dnia 11 września 2009 roku Sygn. akt KIO/UZP/229/09.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący, na wezwanie Zamawiającego, złożył informację z KRK wydaną w dniu 19 sierpnia 2015 r., tj. po terminie składania ofert, który upłynął w dniu 13 sierpnia 2015 r. W świetle przepisu § 2 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów informacja ta nie potwierdza braku podstaw do wykluczenia odwołującego, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp, zatem czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu należało uznać za prawidłową.

Nie można zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, że uznanie za niezasadny zarzutu dotyczącego wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, powoduje, utratę legitymacji w podnoszeniu zarzutów dotyczących oferty wybranego konsorcjum i czyni te zarzuty bezprzedmiotowymi. Interes we wniesieniu odwołania jak i możliwość poniesienia szkody to przesłanki materialnoprawne, których istnienie oceniane jest na moment wniesienia odwołania a zatem brak uznania za zasadny zarzutu dotyczącego wykluczenia Odwołującego, nie może powodować utraty legitymacji w popieraniu zarzutów dotyczących oferty wybranej.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum IBD Bussiness School Sp. z o.o. (lider konsorcjum), mimo, że treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści siwz, w szczególności w zakresie pojęcia symulator do działań kryzysowych i symulacji konstruktywnej a także zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum IBD Bussiness School Sp. z o.o., mimo, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje dotyczące spełniania wymagań symulatora do działań kryzysowych.

Przedmiotem zamówienia publicznego jest usługa realizacji szkoleń. Jak wynika z rozdziału III pkt 6.1 OPZ panel 1 szkolenia ma obejmować taktyczno - decyzyjną grę strategiczną przeprowadzoną w oparciu o techniki i urządzenia (tzw. symulator działań kryzysowych) umożliwiające symulację działań w sytuacjach kryzysowych (np. zamieszek, katastrof budowlanych, pożarów) z wykorzystaniem wizualizacji oraz możliwością dowodzenia (aplikacyjnymi) siłami Policji w czasie rzeczywistym (...). Ponadto w pkt 4 OPZ wskazano, że wykonawca ma dysponować minimum trzema salami na potrzeby realizacji zajęć, w tym jedną umożliwiającą przeprowadzenie szkolenia kadry kierowniczej (dowódczej) oraz przedstawicieli sztabów policyjnych, realnie znajdujących się na stanowiskach pracy i dowodzących symulowanymi w czasie rzeczywistym siłami policyjnymi działającymi w symulowanym środowisku (symulacja konstruktywna). Zamawiający w rozdziale XIV Opis kryteriów z podaniem ich znaczenia i sposobu oceny ofert przewidział kryterium K2-symulator waga 20%, wskazując, że przyzna 20 punktów, jeżeli wykonawca wykaże, że jest właścicielem symulatora do działań kryzysowych. Jednocześnie Zamawiający podał definicję symulatora działań kryzysowych oraz symulacji konstruktywnej. W treści oferty konsorcjum brak także bliższych informacji nt rodzaju symulatora, który będzie wykorzystany w trakcie szkoleń. Jedną informacją w tym zakresie jest informacja wynikająca z karty inwentarzowej, która potwierdza, że jeden z członków konsorcjum jest właścicielem symulatora.

Zauważyć należy, że zarzuty Odwołującego dotyczące niezgodności treści oferty z treścią siwz oraz podania nieprawdziwych informacji, opierają się wyłącznie na informacji zawartej w udzielonych dnia 19 sierpnia 20115 roku wyjaśnieniach, w których wskazano, że „Symulator Centrum Zarządzania Kryzysowego został oparty o realnie wykorzystywany w pracy służb z kręgu zarządzania kryzysowego System Wspomagania Centrum Zarządzania Kryzysowego DART”.

Analiza postanowień siwz wskazuje, że przedmiot zamówienia nie obejmował dostawy samego symulatora do działań kryzysowych czy też symulacji konstruktywnej a przedmiotem zamówienia jest przeprowadzenie szkoleń, obejmujących taktyczno- decyzyjną grę strategiczną przeprowadzoną w oparciu o techniki i urządzenia (tzw. symulator działań

kryzysowych) umożliwiające symulację działań w sytuacjach kryzysowych. Posiadanie symulatora działań kryzysowych oraz symulatora spełniającego wymagania symulacji konstruktywnej nie było zatem warunkiem przystąpienia do postępowania, a jedynie było ono kryterium oceny ofert, dodatkowo punktowanym. Z uwagi na powyższe, nie można mówić o niezgodności treści oferty z treścią siwz, która zachodzi jedynie w sytuacji, gdy z treści oferty złożonej przez wykonawcę wynika w sposób jasny i nie budzący wątpliwości, że nie odpowiada ona treści siwz. W rozpatrywanym stanie faktycznym taka niezgodność nie zachodzi. Z deklaracji zawartej w udzielonych przez konsorcjum wyjaśnieniach, że w trakcie szkoleń wykorzystany będzie symulator Centrum Zarządzania Kryzysowego oparty o realnie wykorzystywany w pracy służb System Wspomagania Centrum Zarządzania Kryzysowego DART, nie sposób wysnuć wniosków, że symulator który będzie faktycznie wykorzystany w trakcie szkoleń nie umożliwia symulacji działań kryzysowych i symulacji konstruktywnej. Przeciwnie, Przystępujące konsorcjum potwierdziło w złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnieniach, że symulator będący w gestii Konsorcjum spełnia wymagania symulatora do działań kryzysowych, został opracowany jako uniwersalny symulator w obszarze zarządzania kryzysowego i umożliwia symulację działań w sytuacjach kryzysowych, wykorzystuje wizualizację oraz umożliwia dowodzenie aplikacyjnymi siłami Policji oraz innych służb/podmiotów odpowiedzialnych za działania w sytuacjach kryzysowych. Okoliczność, że posiadany przez konsorcjum symulator jest oparty o system DART nie oznacza, że symulator zapewnia wyłącznie funkcjonalności tego systemu. Na marginesie podnieść należy, że Zamawiający nie przewidział na etapie badania i oceny ofert, poza złożeniem oświadczenia, jakiegokolwiek innej weryfikacji funkcjonalności symulatora, który będzie przeznaczony do przeprowadzenia szkoleń.

Niezasadny jest także zarzut podania nieprawdziwych informacji. Wykluczenie, o którym mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, związane ze złożeniem nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania ma miejsce w sytuacji, gdy wykonawca przedstawił nieprawdziwe informacje oraz informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Wykonawca składa informacje nieprawdziwe, jeżeli stan rzeczy prezentowany w składanych przez niego oświadczeniach i dokumentach jest inny, niż w rzeczywistości. W zaistniałym stanie faktycznym brak takich informacji. W szczególności z udzielonych wyjaśnień z dnia 19 sierpnia 2015 roku, na które wskazał Odwołujący, nie wynika, że wykonawca podał w ofercie nieprawdziwe informacje, mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Jak wyżej wskazano - informacja, że podczas szkoleń użyty będzie symulator Centrum Zarządzania Kryzysowego oparty o realnie wykorzystywany w pracy służb System Wspomagania Centrum Zarządzania Kryzysowego

DART, nie oznacza, że nieprawdziwym jest deklaracja wykonawcy o spełnianiu wszystkich wymagań funkcjonalnych siwz.

Niezasadnym jest również zarzut zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum z uwagi na podanie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zauważyć należy, że jedynym argumentem podnoszonym przez Odwołującego przemawiającym za uznaniem ceny oferty konsorcjum za rażąco niską była okoliczność, że przewidziany do szkoleń symulator nie spełnia wymagań w zakresie symulacji konstruktywnej i kryzysowej, a wykorzystanie innego symulatora będzie wiązało się z poniesieniem dodatkowych kosztów. Okoliczności te w ocenie Izby nie zachodzą. Brak podstaw, aby twierdzić, że symulator wykorzystany do szkoleń nie będzie spełniał wszystkich funkcjonalności, co zostało wskazane w uzasadnieniu, w części dotyczącej naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący nie kwestionował w pozostałym zakresie udzielonych przez konsorcjum wyjaśnień elementów, mających wpływ na wysokość ceny. Zdaniem Izby udzielone przez Konsorcjum w dniu 19 sierpnia 2015 roku, w tym przedstawiona kalkulacja, dowodzą, że cena oferty konsorcjum jest skalkulowana w sposób rzetelny i jest ceną realną.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 8 ust. 1, 2 i 3 oraz 96 ust. 3 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu odtajnienia i udostępnienia wykonawcom zastrzeżonych przez konsorcjum informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa: uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, wykazu usług, wykazu osób, wykazu osób do obliczenia punktacji w kryterium oceny ofert oraz dokument potwierdzający posiadanie symulatora. Zdaniem Izby brak podstaw prawnych, aby objąć tajemnicą przedsiębiorstwa wskazane wyżej dokumenty i oświadczenia, co winno skutkować uznaniem tych informacji za jawne i ich udostępnieniem. Art. 8 ust. 1 ustawy Pzp statuuje jedną z naczelnych zasad systemu zamówień publicznych, tj. zasadę jawności. Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego może nastąpić tylko w przypadkach określonych w ustawie. Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym po dniu 19 października 2014 r., nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość

gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Znowelizowany art. 8 ust. 3 ustawy Pzp zobowiązuje wykonawcę, który dokonuje zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa do wykazania nie później niż w terminie składania ofert, że zastrzeżone informacje takową tajemnicę stanowią. Ciężar wykazania, że zastrzeżone w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa zatem w całości na wykonawcy a zamawiający jest zobowiązany do wnikliwej analizy uzasadnienia co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa elementów oferty.

Wbrew temu co twierdzi Odwołujący, brak w ofercie informacji, iż samo uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zostało zastrzeżone. Wobec braku podjęcia przez wykonawcę działań w tym zakresie należy uznać, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter jawny i winno być udostępnione innym wykonawcom.

Odnosnie treści samego uzasadnienia, podnieść należy, że przedstawione przez konsorcjum uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów: wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich wykonanie, wykaz osób oraz wykaz osób w kryterium oceny ofert, jest ogólnikowe i enigmatyczne. W szczególności za ogólne należy uznać sformułowania, że zastrzeżone informacje to informacje organizacyjne przedsiębiorstwa, z którymi podmiot nawiązał współpracę i sam fakt nawiązania współpracy stanowi już tajemnicę. Przy czym konsorcjum nie przedstawiło żadnych dowodów, wyjaśnień jakie czynności podjęto by zachować poufność tych informacji, czy zawarte w kontrahentami lub osobami umowy są objęte również objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Sformułowanie, że „informacje te posiadają wartość gospodarczą polegającą na zwiększeniu zdolności budowania współpracy międzypodmiotowej, wzroście jakości usług oraz rozszerzeniu zakresu usług” należy uznać za ogólne i na tyle uniwersalne, że mogłoby znaleźć zastosowanie do każdej branży i każdego postępowania przetargowego. Nadmienić należy, że odbiorcami, wskazanymi przez konsorcjum w wykazie usług są podmioty sektora publicznego, zatem udzielenie tych zamówień było z całą pewnością poprzedzone procedurą przetargową, co powoduje, że warunki realizacji zamówienia i kontrahenci są informacjami powszechnie dostępnymi. Również w zakresie uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa poświadczenia posiadania symulatora działań kryzysowych wskazać należy, że uzasadnienie to jest zbyt ogólne i nie podano w nim żadnych rzeczywistych powodów objęcia tego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. Sam fakt, że są to informacje organizacyjne i nie zostały podane do publicznej wiadomości nie jest wystarczający do uznania, że wykonawca wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią w rzeczywistości tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z uwagi na zasadę jawności postępowania o zamówienie publiczne, objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa pewnych części oferty należy traktować jako sytuację wyjątkową, stosowaną przez wykonawców ze szczególną rozważą. Tego rodzaju działania winny być przez wykonawców ograniczane wyłącznie do sytuacji zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji, zaś z punktu widzenia zamawiającego - powinny być badane ze szczególną starannością.

Uznanie za zasadny zarzutu objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa części oferty konsorcjum, nie może prowadzić jednak do uwzględnienia odwołania z uwagi na brzmienie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie jedynie w sytuacji, gdy naruszenie przepisów miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. W sytuacji potwierdzenia się zasadności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, samo udostępnienie innym wykonawcom zastrzeżonych przez konsorcjum dokumentów i oświadczeń pozostaje bez ewentualnego wpływu na wynik postępowania.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: