

WYROK

z dnia 5 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 listopada 2019 r. przez wykonawcę **AGROBEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Poznaniu, ul. Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Poznaniu, ul. Matejki 57, 60-770 Poznań

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą,
 - 1.2. powtórzenie czynności badania i oceny oferty Odwołującego;
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kwoty uiszczzonego wpisu i kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp” lub „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Budowa zespołu budynków mieszkalnych wielorodzinnych przy ul. Opolskiej w Poznaniu, numer referencyjny: DOA.200.20.2019. (dalej: „Postępowanie”). Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 1 dnia 18 września 2019 r. pod numerem 2019/S 180-437591.

W dniu 12 listopada 2019 r. Zamawiający poprzez Platformę Zakupową poinformował o wykluczeniu z postępowania wykonawcy AGROBEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Odwołujący” lub „Agrobex”), który w dniu 22 listopada 2019 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na tę czynność, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 18 Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, mimo iż brak było przesłanek do zastosowania tej podstawy wykluczenia, w szczególności z uwagi na to, że:
 - a) Zamawiający nie wykazał, aby Agrobex pozyskał informacje poufne mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym bardziej nie wykazał, aby Agrobex pozyskał informacje poufne w sposób bezprawny;
 - b) informacje, na które wskazuje Zamawiający nie mają charakteru poufnego,
 - c) informacje, na które wskazuje Zamawiający nie mogły dać i nie dały Odwołującemu przewagi w postępowaniu.
- 2) art. 24 ust. 4 Pzp poprzez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą pomimo braku przesłanek do wykluczenia go z postępowania;
- 3) art. 24 ust. 8 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 18 Pzp poprzez bezzasadne uznanie, że Odwołujący nie skorzystał ze swojego uprawnienia i nie złożył samooczyszczenia, mimo iż samooczyszczenie powinien składać wyłącznie wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie m.in. art. 24 ust. 1 pkt 18 Pzp, natomiast Odwołujący nie spełnia jakiegokolwiek przesłanki wykluczenia, o której mowa w tym przepisie.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia Agrobex z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą;
- 2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny oferty Agrobex.

Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego przez Krajową Izbę Odwoławczą do przedstawienia rysunków o nazwach:

-,„opolska_detale_2018_12_20-D-04_detale-dach-a3.pdf” i „opolska_przekroje_2018_12_bud-a-07”

-,„opolska_detale_2019_06_10-D-04_detale-dach_A3.pdf” i „opolska_przekroje_2019_09_04-bud_a-07”

w celu przeprowadzenia dowodu polegającego na porównaniu tych rysunków i ustalenia, czy informacje w nich zawarte są identyczne, a zatem czy rysunki, do których odnosiły się pytania do SIWZ, a które nie stanowiły dokumentów opublikowanych na Platformie Zakupowej Zamawiającego mogą być uznane za informacje poufne, jak również czy informacje zawarte w plikach określonych w pytaniach mogły dać jakimkolwiek wykonawcy przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W uzasadnieniu Odwołujący na wstępie podał stan faktyczny sprawy, wskazując m.in., iż Zamawiający wykluczył go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 18 Pzp, wskazując w uzasadnieniu podstawy wykluczenia, że „*pozyskał informacje poufne mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia*”, natomiast w części III sekcja C JEDZ wykonawca oświadczył, że „*(...) d) nie przedsięwziął kroków, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mi nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, w kwalifikacji lub udzielenia zamówienia*”. Zamawiający wskazał, że w pytaniach do treści SIWZ nr 21 i 22 Odwołujący odniósł się do plików o nazwach „opolska_detale_2018_12_20-D-04_detale- dach-a3.pdf” oraz „opolskajirzekroje_2018_ 12_bud-a-07”, które nie zostały opublikowane na Platformie Zamawiającego i nie stanowiły załącznika do SIWZ. Zamawiający stwierdził, że jest w posiadaniu ww. plików stanowiących rysunki, gdyż wchodzi one w skład dokumentacji projektowej, którą Zamawiający zakupił od projektanta, jednakże „*nie zostały one wykorzystane w prowadzonym postępowaniu z uwagi na fakt, iż w tym zakresie dokumentacja projektowa została zmieniona (pliki o podanej nazwie zostały zastąpione innymi)*”. Zamawiający stwierdził, że w związku z tym, że pliki nie zostały udostępnione, jako

załączniki do SIWZ, stanowiły informację poufną. W dniu 5 listopada 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w ww. zakresie. W odpowiedzi z dnia 7 listopada 2019 r. Odwołujący wskazał, że doszło do omyłki (w pytaniach nr 21 i 22 do treści SIWZ brak jest symboli plików, na które powołuje się Zamawiający), a ponadto wskazał, że Zamawiający nie nadał rysunkom wchodzącym w skład dokumentacji projektowej poufnego charakteru.

Następnie Odwołujący podniósł, iż w sprawie nie zachodzi jakakolwiek przesłanka wykluczenia go z postępowania, bowiem Zamawiający nie wykazał, że: działania Agrobex noszą znamiona bezprawności, chodzi o informacje poufne, informacje zawarte na rysunkach mogły dać Odwołującemu przewagi w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego Zamawiający przede wszystkim w żaden sposób nie uzasadnił i nie wykazał, że ewentualne posiadanie dodatkowych rysunków, które wchodziły w zakres dokumentacji projektowej było bezprawne. Agrobex stanowczo zaprzeczył, że w sposób sprzeczny z prawem miałby pozyskać jakiegokolwiek informacje poufne należące do Zamawiającego. Wykonawca wskazał, iż zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 8 lutego 2017 r. KIO 156/17 „Przepis art. 24 ust. 1 pkt 18 Pzp, wskazuje, że działanie wykonawcy może być dokonane (bezprawnie wpływał) lub nosić znamiona usiłowania (próbował bezprawnie wpływać) oraz musi odnosić się do czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przepis mówi o działaniu bezprawnym, a zatem sprzecznym z prawem. Nie chodzi tu więc o "czyny nacechowane negatywnie" lub "niemoralne", jak twierdził Odwołujący”. Zamawiający w informacji o wykluczeniu udostępnionej w dniu 12 listopada 2019 r. nie odniósł się do tego, iż Odwołujący miałby wejść w posiadanie dodatkowych rysunków w sposób bezprawny.

Odwołujący wskazał, iż rysunki, na które powołuje się Zamawiający wchodziły w zakres dokumentacji projektowej i okoliczność, że ostatecznie nie zostały opublikowane, jako załącznik do SIWZ, nie potwierdza sam w sobie, że stanowiły informacje poufne. Informacje poufne stanowią informacje prawnie chronione, które w kontekście przesłanki art. 24 ust. 1 pkt 18 Pzp miałyby być bezprawnie pozyskane przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Rysunki, których dotyczyły pytania do treści SIWZ - pytanie nr 37 i 38 (a nie 21 i 22, jak błędnie wskazał Zamawiający w informacji o wykluczeniu) wchodziły w skład jawnej dokumentacji projektowej. Zamawiający w celu uzyskania pozwolenia na budowę zobowiązany był do złożenia do Wydziału Architektury i Urbanistyki kompletnej dokumentacji projektowej i dokumentacja taka jest dostępna na podstawie ustawy o dostępie do informacji publicznej. W związku z powyższym nie można twierdzić, iż posiada ona walory niejawności. Zamawiający nigdzie w SIWZ nie zastrzegł, że jakakolwiek część dokumentacji projektowej, która dotyczy planowanej inwestycji jest niejawną. Pliki, których dotyczyły pytania wykonawcy mogły zawierać identyczne dane, co pliki udostępnione przez Zamawiającego. W takim przypadku jedyną różnicą pomiędzy plikami byłaby nazwa plików a nie ich treść. Trudno w

takim przypadku doszukiwać się poufności tego rodzaju dokumentów. Zasadny jest w tym kontekście wniosek złożony w pkt VII petitum odwołania, bowiem porównanie zawartości rysunków przez Krajową Izbę Odwoławczą rozstrzygnie czy rysunki, których dotyczyły pytania zadane do SIWZ, jak i rysunki finalnie udostępnione zawierały identyczne informacje, co wprost wyklucza możliwość uznania, że mógł Agrobex pozyskać informacje poufne Zamawiającego. Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił, ani tym bardziej nie wykazał jakiego rodzaju informacja poufna została przez Odwołującego pozyskana (na podstawie jakich przepisów prawa stanowi informację chronioną i jakiego jest konkretnie rodzaju). Sam fakt jej nieudostępnienia na Platformie nie prowadzi do wniosku, iż jest to informacja poufna.

Odwołujący stwierdził, iż w niniejszej sprawie nie zachodzi również kolejna przesłanka wykluczenia, dotycząca przewagi w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Dokumenty, których dotyczyły pytania do SIWZ oraz dokumenty udostępnione na Platformie Zakupowej Zamawiającego mogły zawierać identyczne informacje. Tym samym, każdy z wykonawców, który był zainteresowany przystąpieniem do prowadzonego przez Zamawiającego postępowania przetargowego miał de facto identyczny zakres informacji niezbędnych do prawidłowego przygotowania oferty i skalkulowania ceny. Ewentualne posiadanie przez Odwołującego dodatkowych rysunków nie mogło gwarantować (nawet potencjalnie) przewagi w postępowaniu skoro zakres informacji niezbędnych do sporządzenia oferty i ujawnionych w dokumentacji przetargowej był identyczny.

Skoro pliki zostały zamienione / poprawione przez Zamawiającego to dokumenty, o których mowa w pytaniach do SIWZ nr 37 i 38 nie mogły być podstawą do konstruowania oferty, to tym samym nie mogły stanowić o przewadze Agrobex (Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp wskazał, że oferta została opracowana w oparciu o udostępnione przez Zamawiającego materiały). Pytania do treści SIWZ były jawne, zostały opublikowane na Platformie Zakupowej Zamawiającego, a zatem każdy z potencjalnych oferentów mógł zweryfikować, że dotyczą plików o zmienionych nazwach w stosunku do tych, które stanowią załączniki do SIWZ. Ponadto, Zamawiający w udzielonych odpowiedziach odmówił wyjaśnienia wątpliwości, których dotyczyły pytania nr 37 i 38. Żaden z innych podmiotów nie zakwestionował tego, że zakres danych ujawnionych w ww. załącznikach do SIWZ jest niekompletny, czy wymaga uzupełnienia. Udostępnione przez Zamawiającego rysunki dotyczą standardowych elementów budowlanych, które zazwyczaj są w analogiczny sposób przygotowywane przez projektantów dla wszystkich zbliżonych inwestycji. Rysunki te są przygotowywane na podstawie informacji udostępnianych przez producentów materiałów. Brak jest zatem podstaw do twierdzenia, że Odwołujący posiadał jakąkolwiek przewagę w postępowaniu nad innymi wykonawcami. Rozważania te są ponadto czysto hipotetyczne, gdyż

oferta Odwołującego jest jedyną ofertą, która wpłynęła w prowadzonym postępowaniu przetargowym.

Zdaniem Odwołującego stanowisko Zamawiającego zawarte w informacji o wykluczeniu Agrobex, iż w związku z tym „Wykonawca mógł także pozyskać inne elementy dokumentacji projektowej przed jej opublikowaniem na platformie zakupowej, a nadto mógł wejść w posiadanie innych informacji poufnych, które mogły mu dać przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego” jest nieprawidłowe. Argumentacja Zamawiającego oparta jest na nieuzasadnionych i nieudowodnionych przypuszczeniach, nieopartych jakimikolwiek konkretnymi informacjami, ani dowodami. W związku z tym nie mogą stanowić podstawy do zastosowania tak daleko idącej sankcji wobec wykonawcy, jak wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 18 Pzp. Odwołujący przywołał wyrok Izby z dnia 10 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1278/19, KIO1279/19 i wskazał, że Zamawiający powinien wykazać konkretne naruszenie, a nie opierać się na niemających uzasadnienia założeniach, jak również powinien wykazać istnienie każdej z przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 18 Pzp.

Na koniec Odwołujący stwierdził, że nie był zobowiązany do wskazania w treści JEDZ w części III jakichkolwiek dodatkowych informacji. Twierdzenia Zamawiającego, że Agrobex powinien był skorzystać z przysługującego mu uprawnienia i złożyć samooczyszczenie są bezzasadne. Self-cleaning składa wyłącznie wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5 Pzp. Agrobex nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 18 Pzp, w związku z czym, nie był zobowiązany do przedkładania samooczyszczenia. Złożenie samooczyszczenia w sytuacji, gdy Odwołujący nie wypełnił żadnej z przesłanek, o których mowa w ww. przepisie byłoby nieprawidłowe i mogłoby zostać uznane za wewnętrznie sprzeczne działanie wykonawcy.

Pismem z dnia 3 grudnia 2019 r., złożonym na posiedzeniu, Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie, o obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, oraz o przeprowadzenie dowodów z rysunków zawartych w plikach o nazwach:

„opolska_detale_2018_12_20-D-04_detale-dach-a3.pdf”

„opolska_przekroje_2018_12_bud1-a-07” i „opolska_przekroje_2018_12_bud2-a-07”

w wersji elektronicznej (zawartych na nośniku danych CD) oraz w wersji drukowanej, dla stwierdzenia, iż Odwołujący przed wszczęciem postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, posiadał część dokumentacji projektowej dotyczącej tego zamówienia (w tym mógł posiadać jej całość), co mogło dać mu przewagę w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in. iż w jego ocenie zarówno zarzuty Odwołującego jak i przytoczona w odwołaniu argumentacja są całkowicie chybione. Zamawiający podniósł, iż zarzuty Odwołującego jakoby Zamawiający odwoływał się do nieprawidłowych numerów pytań zadanych przez Odwołującego do SIWZ, są nieuzasadnione, bowiem numery 21 i 22 zostały nadane przez Odwołującego w jego piśmie z dnia 27 września 2019 r., co wyraźnie wskazał Zamawiający zarówno w wezwaniu do złożenia wyjaśnień jak i w informacji o wykluczeniu. Niezależnie od tego, treść wezwania jak i treść wykluczenia nie pozostawiają żadnych wątpliwości, do jakich pytań się odnoszą, bowiem w żadnym innym pytaniu do SIWZ nie pojawiło się odwołanie do plików o wskazanych nazwach.

Odnosząc się do aspektu jawności dokumentacji projektowej oraz możliwości jej pozyskania, Zamawiający podniósł, iż twierdzenia Odwołującego w tym zakresie pozostają wewnątrznie sprzeczne - po pierwsze Odwołujący, zarówno na etapie wyjaśnień jak i w odwołaniu, nie zaprzeczył, by wszedł w posiadanie przedmiotowych plików, jednocześnie Odwołujący twierdzi, iż przy opisywaniu plików doszło do omyłki pisarskiej. Następnie Odwołujący powołuje się na możliwość uzyskania dokumentacji projektowej w ramach dostępu do informacji publicznej od organu administracji publicznej prowadzącego postępowanie w przedmiocie uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę, jednocześnie Odwołujący nie wykazuje, by właśnie w taki sposób uzyskał przedmiotową dokumentację (pliki zawierające dokumentację projektową). Twierdzenia w tym zakresie mają zatem charakter hipotetyczny i nie odnoszą się do przedmiotowej sprawy. Jednocześnie, Odwołujący nie wykazał, by w jakikolwiek inny sposób (lub od innego podmiotu) uzyskał przedmiotową dokumentację (pliki zawierające tę dokumentację).

Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, iż w ramach uzyskiwania decyzji o pozwoleniu na budowę przed organem administracji publicznej, nie był zobowiązany i nie składał dokumentacji projektowej w wersji elektronicznej. Organ administracji publicznej wydający decyzję o pozwoleniu na budowę nie posiada zatem przedmiotowych plików (zarówno tych, które zostały udostępnione przez Zamawiającego w ramach prowadzonego postępowania, jak i tych, które nie zostały opublikowane, a do których odwołał się w treści zadanych pytań Odwołujący). Na podstawie złożonej organowi administracji publicznej dokumentacji projektowej nie sposób przypisać konkretnym rysunkom, stanowiącym część tej dokumentacji, nazw plików zawierających te rysunki bowiem na rysunku nie występuje nazwa pliku, do którego odwołuje się Wykonawca. Nazwa ta została nadana niezależnie od nazwy rysunku. Złożona przed organem administracji publicznej dokumentacja projektowa, w ogóle nie zawiera rysunków dotyczących szczegółów rozwiązań technologicznych dachu, znajdujących się zarówno w pliku „opolska detale 2018 12 20-D- 04 detale-dach-a3.pdf” (do którego odwołał się w ramach zadanego pytania Odwołujący), jak i w pliku „opolska detale

2019_06_10-D-04_detale-dach_A3.pdf” (udostępnionym na platformie zakupowej w ramach prowadzonego przez Zamawiającego postępowania). Odwołujący zatem nie mógł uzyskać tej części dokumentacji od organu administracji publicznej na podstawie ustawy o dostępie do informacji publicznej. Ponadto Odwołujący nie zwracał się do Zamawiającego o udostępnienie przedmiotowej dokumentacji projektowej w ramach dostępu do informacji publicznej, a Zamawiający nie upoważnił nikogo do udostępnienia przedmiotowej dokumentacji podmiotom trzecim, w tym Odwołującemu. Nadto udostępnienie dokumentacji projektowej w ramach dostępu do informacji publicznej, doznaje ograniczeń, w przypadku, gdy staje się ona częścią dokumentacji dotyczącej udzielenia zamówienia publicznego (stanowi część opisu przedmiotu zamówienia i element specyfikacji istotnych warunków zamówienia) na podstawie przepisu art. 1 ust. 2 ustawy o dostępie do informacji publicznej w zw. z art. 8 ust. 2 i 42 ust. 1 Pzp. Zgodnie z ww. przepisami, zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. SIWZ udostępnia się na stronie internetowej dopiero od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej do upływu terminu składania ofert. Ograniczeniem dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia jest zatem nieujawnianie informacji dotyczących w szczególności opisu przedmiotu zamówienia (który w niniejszej sprawie w przeważającej mierze znajdował się w stanowiącej załącznik do SIWZ dokumentacji projektowej) przed opublikowaniem ogłoszenia o zamówieniu. Uzasadnieniem ograniczenia udostępnienia informacji stanowiących element postępowania (w tym dokumentacji projektowej) jest konieczność przestrzegania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców, określonych w art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający wskazał, że stanowisko to potwierdza orzecznictwo sądów administracyjnych, zgodnie z którym dokumentacja projektowa *„która stanowi załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia udostępnianych na stronie internetowej od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, nie może być udostępniona przed ogłoszeniem o zamówieniu, bowiem mogłoby spowodować to naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (...) Ustawodawca dbając o proporcjonalność i przejrzystość postępowania o zamówienie publiczne wprowadził takie ustawowe ograniczenie czasowe, wskazując jednoznacznie, od którego momentu dokumentacja projektowa może być udostępniona. A zatem dopiero po terminie jej udostępnienia w sposób określony w art. 42 ust. 1 Prawa zamówień publicznych stanowić ona będzie przedmiot udostępniania w trybie i na zasadach określonych w ustawie z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej”* (zob. Wyrok WSA w Szczecinie z 24.08.2017 r. II SAB/Sz 61/17, Legalis nr 1673044).

Odnosząc się do zarzutu braku poufności informacji / bezprawność pozyskania dokumentacji projektowej Zamawiający stwierdził, iż twierdzenia Odwołującego co do braku zastrzeżenia przez Zamawiającego w SIWZ lub innych dokumentach postępowania poufności poszczególnych elementów SIWZ (w tym dokumentacji projektowej), a w konsekwencji możliwości powoływanie się przez Zamawiającego na ich poufność na etapie wykluczenia, pozostają całkowicie bezprzedmiotowe. Zamawiający podniósł, iż w niniejszej sprawie przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, doszło do uzyskania informacji (w tym wypadku dokumentacji projektowej), które do momentu ich opublikowania mają charakter poufny. Ponadto, pliki do których odwołał się w zadanych pytaniach Odwołujący nie zostały do tej pory opublikowane jako element SIWZ. Zastrzeżenie poufności poszczególnych elementów SIWZ, w tym dokumentacji projektowej w momencie wszczęcia postępowania, pozostaje zatem bez znaczenia dla okoliczności sprawy, Zamawiający bowiem nie kwestionuje dostępu do dokumentacji, którą opublikował w ramach prowadzonego postępowania i nie podnosi, iż od momentu publikacji SIWZ którykolwiek z jej elementów był poufny.

Zamawiający zauważył, że przepisy Pzp nie definiują pojęcia informacji poufnych, do których odwołano się w treści przepisu art. 24 ust. 1 pkt. 18 Pzp. Ponadto, w doktrynie podkreśla się, iż pojęcie to nie odnosi się do informacji, do których zastosowanie mają przepisy o ochronie informacji niejawnych, przewidujące nadanie klauzuli "poufne" niektórym informacjom niejawnym (zob. Komentarz do art. 24 Prawa zamówień publicznych [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, P. Granecki, Warszawa 2016, Legalis). Dokumentacja dotycząca udzielenia zamówienia - w tym wypadku dokumentacja projektowa zawierająca w istocie opis przedmiotu zamówienia - nie może być udostępniana podmiotom trzecim przed opublikowaniem ogłoszenia o zamówieniu ze względu na konieczność przestrzegania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o zamówienie. Przedmiotowe ograniczenie czyni tę dokumentację poufną, aż do momentu jej opublikowania, co z kolei powoduje, iż do tego momentu zachowuje ona przymioty informacji poufnych w rozumieniu przepisu art. 24 ust. 1 pkt. 18 Pzp. Dla wykluczenia wykonawcy na podstawie tego przepisu, wystarczającym jest, by wykonawca podjął kroki lub usiłował uzyskać te informacje (ich uzyskanie nie jest zatem konieczne) w sposób bezprawny. Jednocześnie za bezprawność w rozumieniu tego przepisu należy uznać pozyskanie informacji poufnych w sposób nieprzewidziany w Pzp lub innych przepisach, w szczególności przepisach ustawy o dostępie do informacji publicznych (zob. Komentarz do art. 24 Pzp, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, J. Pirog, Warszawa 2019, Legalis). Skoro w niniejszej sprawie uzyskanie dokumentacji projektowej nie nastąpiło w ramach dostępu do informacji publicznej, w tym Zamawiający nie upoważnił nikogo do udostępniania przedmiotowej dokumentacji przed jej opublikowaniem (w szczególności Odwołującemu), jej uzyskanie przez Odwołującego należy

traktować jako bezprawne (Odwołujący nie posiada bowiem żadnego tytułu prawnego do posiadania tej dokumentacji).

Ustosunkowując się do zarzutu braku przewagi w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający wskazał, że informacje dotyczące opisu przedmiotu zamówienia pozyskane, w sposób bezprawny, mogą dać wykonawcy przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia w rozumieniu przepisu art. 24 ust. 1 pkt. 18 Pzp. Stanowisko to potwierdzają poglądy doktryny, zgodnie z którymi *„przedmiotowa przesłanka (wskazana w art. 24 ust. 1 pkt. 18 PZP) może się zaktualizować również w przypadku przygotowania postępowania, gdy przedmiot zamówienia opisany przez biegłego dostaje się do rąk osoby nieuprawnionej, która chce wziąć udział w postępowaniu. Dzięki temu, potencjalny wykonawca ma dłuższy czas na przygotowanie oferty i uzgodnienie cen z dostawcami lub podwykonawcami, co oznacza uzyskanie przewagi w postępowaniu”* (zob. Komentarz do art. 24 Prawa zamówień publicznych [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, P. Granecki, Warszawa 2016, Legalis). Jednocześnie wbrew twierdzeniom Odwołującego, w przypadku badania przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt. 18 Pzp, nie jest istotne, czy posiadanie informacji poufnych miało rzeczywisty wpływ na wynik postępowania. Zamawiający przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej wyrok KIO z 25 czerwca 2019 r. KIO 1036/19, Legalis nr 2228093, zgodnie z którym *„ w przeciwieństwie do hipotezy dawnego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych obecnie obowiązujące art. 24 ust. 1 pkt 17 i 18 tej ustawy nie obejmują przesłanki rzeczywistego wpływu złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych, czyli wprowadzających w błąd informacji na wynik postępowania prowadzonego przez zamawiającego. W przypadku sytuacji uregulowanej w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy - Prawo zamówień publicznych wystarczające jest stwierdzenie, że wprowadzające w błąd informacje zaliczają się do kategorii takich, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.”* Analogicznie zdaniem Zamawiającego należy potraktować sytuację uzyskania lub próby uzyskania informacji poufnych, mogących dać przewagę wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, uregulowaną w art. 24 ust. 1 pkt. 18 Pzp. Wykazanie uzyskania przez Odwołującego części dokumentacji projektowej (w postaci plików zawierających tę dokumentację) powoduje, iż z wysokim prawdopodobieństwem Odwołujący mógł być w posiadaniu całości dokumentacji projektowej dotyczącej przedmiotowego zamówienia, co z całą pewnością mogło dać mu przewagę w postępowaniu. Odwołujący znając przed opublikowaniem SIWZ opis przedmiotu zamówienia, zawarty w dokumentacji projektowej, miał więcej czasu na zapoznanie się z tą dokumentacją, a także na złożenie oferty, co daje mu przewagę w postępowaniu w rozumieniu przepisu art. 24 ust. 1 pkt. 18 Pzp.

Zamawiający zwrócił ponadto uwagę, iż regulacja przewidziana w przepisie art. 24 ust. 1 pkt. 18 Pzp jest wynikiem implementacji przepisów Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/We. Zgodnie z zapisem art. 57 ust. 4 lit. i tej Dyrektywy, instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, jeżeli wykonawca podjął kroki, aby nienależycie wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia. Treść wskazanego przepisu dyrektywy, jako aktu prawa stosowanego pomocniczo w wykładni przepisów Pzp, nie pozostawia wątpliwości co do celu i zakresu stosowania przesłanek wykluczenia w takiej sytuacji. Ustawodawca unijny wskazuje bowiem wyraźne, iż za wystarczające uznaje się podjęcie kroków uzyskania informacji poufnych, które mogą dać mu przewagę w postępowaniu. Powyższa regulacja obejmuje szeroki zakres działań wykonawcy, które w sposób nieuprawniony mogą spowodować jego przewagę względem innych wykonawców lub też wpłynąć na decyzję zamawiającego względem tego wykonawcy zarówno w kwestii formalnej (wykluczenie bądź dopuszczenie do udziału w postępowaniu), jak też materialnej (np. na skutek uzyskania informacji poufnej, możliwość sformułowania oferty na bardziej korzystnych warunkach) - zob. komentarz do art. 57 Dyrektywy 2014/24/UE, J. Pawelec, Dyrektywa 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji. Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Dyrektywa 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Komentarz, Warszawa 2017, Legalis).

Zamawiający podniósł też, iż elementy dokumentacji projektowej zawarte w plikach opolska_detale z 2018 i 2019 są takie same, zmiana polega zatem wyłącznie na tym, iż projektant nadał nową nazwę plikowi, zawierającemu elementy tej dokumentacji. W ocenie Zamawiającego, w niniejszej sprawie nie ma możliwość popełnienia oczywistej pomyłki w odwoływaniu się do nazwy konkretnego pliku, ze względu na ilość występujących w tej nazwie danych. Odnosząc się do pliku „opolska_detale_2019_06_10-D-04_detale-dach_A3.pdf”, zmianie uległ rok, miesiąc i dzień, w stosunku do nazwy pliku, na który powołuje się Odwołujący, tj. „opolska_detale_2018__12_20-D- 04_detale-dach-a3.pdf”. Odwołanie się do pliku o nazwie zawierającej taką ilość danych możliwe jest wyłącznie w sytuacji, w której dysponuje się danym plikiem i jej nazwą. Mając na uwadze, iż treść tego pliku (elementy dokumentacji projektowej w tym zakresie) nie została zmieniona, zdaniem Zamawiającego,

przed wszczęciem postępowania Odwołujący posiadał część SIWŻ, która dała mu przewagę w niniejszym postępowaniu. Odwołujący miał bowiem więcej czasu na zapoznanie się z treścią dokumentacji projektowej (a więc z opisem przedmiotu zamówienia). Odnosząc się do pliku „opolska_przekroje_2018_12_bud-a-07” podnieść należy, iż został on przez projektanta zapisany i przekazany Zamawiającemu w wersjach dla budynku nr 1 i 2 objętego dokumentacją projektową oddzielnie i zawiera po słowie „bud” (występującej w nazwie) jeszcze numer danego budynku, tj.: „opolska_przekroje_2018_12_bud1 -a-07” i „opolska_przekroje_2018_12_bud2-a-07”. Powyższe pliki dotyczą wprawdzie różnych budynków, ale zawierają te same informacje dotyczące rozwiązań technologicznych, określających sposoby ich wykonania i rodzajów materiałów jakie należy użyć do ich wykonania (co do zasady są tożsame pod względem rozwiązań technologicznych. Jednocześnie w obu plikach zawarta jest informacja o konieczności wykonania dwóch warstw papy wierzchniego krycia, co pozostaje w sprzeczności z informacją zawartą w rysunku dotyczącym szczegółów dachu (tj. w pliku „opolska_detale_2018_12_20-D-04_detale- dach-a3.pdf”), na co w skierowanym do Zamawiającego pytaniu nr 22, zwraca uwagę Odwołujący (kwestia przyjęcia prawidłowego rozwiązania stanowi istotę zadanego przez Odwołującego pytania do SIWŻ). Zamawiający zaznaczył, że ten sam błąd został powielony w plikach zamieszczonych przez Zamawiającego na platformie zakupowej w ramach przedmiotowego postępowania, tj. pliki dotyczące przekrojów „opolska_przekroje_2019_09_04-bud1_a-07” (oraz dla „bud2”) wskazują na konieczność 'Takie same rozwiązania przyjęto także dla budynku 3, 4 i 5, jednak rysunki zapisane w plikach dla tych budynków mają także inne oznaczenie przy literze „a” - na końcu nazwy - sytuacja ta występuje także dla plików zamieszczonych na platformie zakupowej Zamawiającego w ramach prowadzonego postępowania - pliki zamieszczone na platformie zakupowej Zamawiającego zostały zapisane pod nowymi nazwami, które różnią się od siebie występującą w danej nazwie datą. Zamawiający zauważył, iż w stosunku do plików dotyczących przekrojów, które nie zostały opublikowane w ramach prowadzonego postępowania, nastąpiła zmiana jedynie niektórych opisów zamieszczonych w tych rysunkach (m.in. po prawej stronie rysunku dodano zapis dotyczący poziomu wody). Zmiany te mają charakter doprecyzowujący - rozwiązania technologiczne jak i kwestie, do których odwoływał się w zadanym pytaniu do SIWŻ Odwołujący, pozostały jednak niezmiennie, a więc ich treść, niezależnie czy znajdowała się w pliku pierwotnym czy zmienionym, do momentu publikacji ogłoszenia o zamówieniu, wbrew twierdzeniom Odwołującego pozostawała poufna. Skoro jak sam Odwołujący podnosi, że pliki udostępnione przez Zamawiającego jak i pliki, do których w zadanych pytaniach odnosi się Odwołujący, zawierają identyczne informacje, nie sposób uznać, by ich pozyskanie przed opublikowaniem SIWŻ, nie mogło nie dać przewagi Odwołującemu w przedmiotowym postępowaniu. Skoro Odwołujący posiadał część dokumentacji, stanowiącej załącznik do

SIWZ, w tym mógł posiadać jej całość, miał możliwość przygotowania i złożenia oferty w postępowaniu na korzystniejszych warunkach. Dalsze twierdzenia Odwołującego, iż skoro dokumentacja projektowa została zmieniona (lub poprawiona) przed jej opublikowaniem to nie może stanowić podstawy do konstruowania oferty, nie tylko pozostają w sprzeczności z wcześniejszym twierdzeniem Odwołującego, zawartym w pkt. 8 odwołania, w którym Odwołujący podnosi, iż elementy zawarte w plikach udostępnionych jak i nieudostępnionych są identyczne, ale przeczą także zakresowi tych plików, które przewidują te same rozwiązania technologiczne (a nawet nieścisłości w stosunku do szczegółów dachów, przywołanych przez Odwołującego w treści zadanego pytania).

Zamawiający podniósł również, iż poprzez wezwanie z dnia 5 listopada 2019 r., nie tylko umożliwił Wykonawcy m.in. wyjaśnienie kwestii uzyskania przedmiotowej dokumentacji, ale także umożliwił skorzystanie przez z procedury self-cleaning, uregulowanej w art. 24 ust. 8 Pzp. Jednakże wobec niewyjaśnienia okoliczności uzyskania dokumentacji projektowej, jak i nieskorzystania z tzw. procedury self-cleaning, Zamawiający zobowiązany był wykluczyć Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania złożoną przez Zamawiającego na nośniku pendrive oraz dowody złożone na rozprawie przez:

- Zamawiającego w postaci: plików o nazwach „opolska_detale_2019_06_10-D-04_detale-dach_A3.pdf” oraz „opolska_przekroje_2019_09_04-bud1_a-07” oraz plików udostępnionych dla pozostałych budynków przekazanych na nośniku CD oraz sześciu rysunków w postaci papierowej (trzy z 2018 r. i trzy z 2019 r.),
- Odwołującego w postaci: rysunku w postępowaniu na budowę budynków wielorodzinnych z garażem podziemnym prowadzonym przez PTBS w Poznaniu oraz rysunku opolska_detale_2019_06_10-D-04_detale-dach_A3 ze strony internetowej Zamawiającego wraz z tezą dowodową, a także wniosku o udostępnienie danych z dnia 18 listopada 2019 r, złożonego 22 listopada 2019 r. w Urzędzie Miasta Wydział Urbanistyki i Architektury w Poznaniu wraz z odpowiedzią z dnia 28 listopada 2019 r. przekazanej wraz z rysunkiem.

Po zapoznaniu się m.in. z treścią dokumentacji postępowania oraz złożonymi dowodami, po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy oraz wysłuchaniu stanowisk Stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał m.in., że złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, Odwołujący nie zostałby wykluczony z postępowania, lecz jego oferta, jako jedyna złożona w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, zostałaby

uznana za najkorzystniejszą. Interes we wniesieniu odwołania polega zatem na tym, iż jego uwzględnienie będzie skutkowało unieważnieniem bezzasadnej czynności wykluczenia Agrobex.

Izba stwierdziła, że zaistniały przesłanki dla wniesienia odwołania, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. W postępowaniu została złożona tylko oferta Odwołującego. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, Odwołujący miałby szansę uzyskania zamówienia i korzyści płynących z realizacji umowy, zawartej w jego wyniku.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę zespołu budynków mieszkalnych wielorodzinnych przy ul. Opolskiej w Poznaniu z zastosowaniem przepisów art. 10a i następnych ustawy Pzp.

Pismem z dnia 5 listopada 2019 r. Zamawiający zwrócił się do Agrobex o wyjaśnienia dotyczące złożonego JEDZ w odniesieniu do części III Podstawy wykluczenia sekcja C, gdzie Wykonawca oświadczył, że nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia. Zamawiający wskazał m.in., iż swoich pytaniach nr 21 i 22 do SIWZ odniósł się do plików o nazwach: „opolska_detale_2018_12_20-D-04_detale-dach-a3.pdf” oraz „opolska_przekroje_2018_12_bud-a-07”, zawierających elementy dokumentacji projektowej, które Zamawiający uzyskał od projektanta, które nie zostały opublikowane na jego platformie zakupowej, nie zostały udostępnione innym podmiotem, co powoduje, że stanowią informacje poufne. Pliki te zostały następnie częściowo zmodyfikowane i zapisane epod nową nazwą. „opolska_detale_2019_06_10-D-04_detale-dach_A3.pdf” oraz „opolska_przekroje_2019_09_04-bud_a-07” Zamawiający podał, iż uzyskanie informacji poufnych, w tym wypadku elementów dokumentacji projektowej, może dać wykonawcy przewagę w postępowaniu, co skutkuje koniecznością obligatoryjnego wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 18 Pzp.

W odpowiedzi Odwołujący Agrobex potwierdził swoje oświadczenie zawarte w JEDZ i podał m.in., iż Zamawiający nie określił w SIWZ sposobu zadawania pytań i identyfikacji problemów z nazwami plików lub opisami na rysunkach. Nie zostało także określone, czy należy odnosić się do dat zawartych w nazwach plików, czy do dat umieszczonych na rysunkach. Odnosząc się do przywołanych w piśmie Zamawiającego plików o nazwach „opolska_detale_2019_06_10-D-04_detale-dach_A3.pdf” oraz „opolska_przekroje_2019_09_04-bud_a-07” Odwołujący podał, iż na rysunkach pojawiają się inne daty zarówno co do miesiąca jaki i roku tj. 07.2018, niż daty zwarte w ich nazwach. Sprzyja to popełnianiu

błędów przy zadawaniu pytań. Wystąpienie podobnych nieścisłości w innych plikach Odwołujący podał w zestawieniu tabelarycznym i wskazał, że w sytuacji gdy ilość plików dal tego postępowania przewyższa 1400 szt. błędy mogą się pojawić tak po stronie Zamawiającego jak i Wykonawcy. Omyłki pisarskie dotyczą zaledwie dwóch plików z ok. półtora tysiąca w dodatku o marginalnym znaczeniu dla wyceny, z których jeden nie ma kompletnej nazwy z uwagi na brak nr dnia jak w pozostałych plikach. Uzupełniając Odwołujący podał, iż omyłki pisarskie przy pracy z tak dużą ilością plików mogą i będą się zdarzać, co dotyczy zarówno nazw plików, co jest bardzo powszechne przy zastosowaniu narzędzi edycyjnych „kopiuj/wklej”, jak i zawartości merytorycznej. Korzystając z własnego dorobku intelektualnego Odwołujący posiłkuje się m.in. zarchiwizowanymi informacjami odnoszącymi się do np. realizowanych w przeszłości przedsięwzięć budowlanych i deweloperskich. To zwiększa ryzyko wystąpienia błędów w datach i nazwach (słowa dach, opaska, detal, budynek, przekrój) występują niemal na każdym rysunku) w tworzonych aktualnie dokumentach (plikach).

Pismem z dnia 8 listopada 2019 r. informującym Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania Zamawiający podał: *„Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych sp. z o.o. (dalej jako Zamawiający) informuje, że na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 18 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, dalej jako Ustawa), wyklucza Wykonawcę AGROBEX sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu przy ul. Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań, z udziału w postępowaniu albowiem pozyskał on informacje poufne mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Na podstawie art. 24 ust. 4 Ustawy Ofertę Wykonawcy wykluczonego z postępowania uznaje się za odrzuconą. UZASADNIENIE Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę zespołu budynków mieszkalnych wielorodzinnych przy ul. Opolskiej w Poznaniu, w którym to postępowaniu Wykonawca złożył swoją ofertę. W części III JEDZ: Podstawy wykluczenia, sekcji C: Podstawy związane z niewyłaćalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi, Wykonawca oświadczył m.in., że: (...) nie znalazł się w żadnej z poniższych sytuacji: (...) „d) przedsięwziął kroki, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia”. W dniu 27.09.2019 r. Wykonawca zgłosił pytania do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i opublikowanej w jej ramach dokumentacji projektowej. Pytania oznaczone przez Wykonawcę numerami 21 i 22 odnosily się do plików o nazwach „opolska_detale_2018_12_20-D-04_detale-dach-a3.pdf” oraz „opolska_przekroje*

_2018_12_bud-a-07", które nie zostały opublikowane na platformie zakupowej Zamawiającego i nie stanowiły załącznika do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Pliki z tymi dokumentami pozostawały w dyspozycji Zamawiającego (albowiem wchodziły w skład dokumentacji projektowej, którą Zamawiający zakupił od projektanta w ramach realizacji umowy na sporządzenie dokumentacji projektowej na budowę zespołu budynków mieszkalnych wielorodzinnych przy ul. Opolskiej w Poznaniu), jednakże nie zostały one wykorzystane w prowadzonym postępowaniu z uwagi na fakt, iż w tym zakresie dokumentacja projektowa została zmieniona (pliki o podanej przez Wykonawcę nazwie zostały zastąpione innymi). Pliki niewykorzystane w postępowaniu nie zostały do tej pory udostępnione przez Zamawiającego w jakiegokolwiek formie, jakimkolwiek podmiotom tym samym stanowią informacje poufne Zamawiającego. Dodać przy tym należy, iż szczegółowość nazw poszczególnych plików (tych do których odniósł się Wykonawca oraz tych faktycznie udostępnionych na platformie Zamawiającego) nie pozwala uznać, iż doszło jedynie do omyłki przy opisaniu tych plików na potrzeby zadanych przez Wykonawcę pytań - odwołanie się do plików o takich nazwach możliwe jest wyłącznie w sytuacji, gdy uzyskało się dostęp do przedmiotowych plików i ich nazw. Pismem z dnia 05.11.2019 r., działając na podstawie art. 26 ust. 4 Ustawy, Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących przedłożonego dokumentu JEDZ. W udzielonej dnia 07.11.2019 r. odpowiedzi Wykonawca w żaden sposób nie odniósł się merytorycznie do wątpliwości Zamawiającego - stwierdził jedynie, iż doszło do omyłki, a nadto zakwestionował poufny charakter informacji w postaci elementów dokumentacji projektowej. Ponadto, Wykonawca nie skorzystał z uprawnienia przysługującego mu na podstawie przepisu art. 24 ust. 8 Ustawy (tzw. self clearing), umożliwiającego przedstawienie dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, Jednocześnie podkreślić należy, iż fakt dysponowania przez Wykonawcę plikami o podanych wyżej nazwach wskazuje, że Wykonawca mógł także pozyskać inne elementy dokumentacji projektowej przed jej opublikowaniem na platformie zakupowej, a nadto mógł wejść w posiadanie innych informacji poufnych, które mogły mu dać przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Mając powyższe na uwadze, zaistniała obligatoryjna przesłanka wykluczenia Wykonawcy z postępowania na podstawie przywołanego we wstępie przepisu art. 24 ust. 1 pkt. 18 Ustawy."

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Potwierdziły się bowiem zarzuty w nim postawione.

Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który bezprawnie wpływał lub próbował wpłynąć na czynności

zamawiającego lub pozyskać informacje poufne, mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W okolicznościach analizowanej sprawy, zważywszy na argumenty podniesione przez Zamawiającego w informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, przepis art. 24 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp znajduje zastosowanie, jeżeli łącznie wystąpi: bezprawne działanie wykonawcy, polegające na uzyskaniu lub próbie uzyskania informacji poufnych, mogących dać wykonawcy przewagę w postępowaniu. Istotą sporu jest zatem to, czy wystąpiła ww. podstawa wykluczenia Agrobex z postępowania, jak uznaje Zamawiający, czy jednak wskazana przesłanka wykluczenia nie wystąpiła, jak twierdzi Odwołujący, który zaprzeczył, jakoby w sposób sprzeczny z prawem miał pozyskać jakiegokolwiek informacje poufne należące do Zamawiającego.

W pierwszej kolejności zauważenia wymaga, iż wystąpienie przesłanki wykluczenia z postępowania wymaga jej wskazania przez Zamawiającego w informacji o wykluczeniu wykonawcy oraz podania w tej informacji uzasadnienia faktycznego i prawnego. Oznacza to obowiązek wskazania zarówno podstawy prawnej wykluczenia, jak również podania związanych z nią okoliczności faktycznych, które w ocenie zamawiającego przesądziły o zaistnieniu podstaw do wykluczenia. Wynika to z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp i wiąże się m.in. z wyrażoną w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp zasadą jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz zasadą przejrzystości, o której mowa w art. 7 ust. 1 tej ustawy. Czynność ta może bowiem stanowić podstawę do skorzystania ze środków ochrony prawnej i dlatego wykonawca winien być poinformowany przez zamawiającego, co zadecydowało o jej podjęciu.

Z wyżej przedstawionej treści informacji o wykluczeniu Odwołującego wynika, że Zamawiający wykluczył Agrobex z postępowania, z uwagi na to, że Wykonawca ten zadając pytania do SIWZ posłużył się pierwotnymi nazwami dwóch plików z projektu, które nie zostały podane do publicznej wiadomości, z czego Zamawiający wywodzi, że wykonawca ten wszedł w posiadanie tych plików. Oznaczenia tych plików zostały bowiem następnie zmienione i to pliki o zmienionym oznaczeniu zostały upublicznione przez Zamawiającego, jako stanowiące element dokumentacji projektowej, zawierającej opis przedmiotu zamówienia, zawarty w SIWZ. Chodzi o pliki o nazwach: „opolska_detale_2018_12_20-D-04_detale-dach-a3.pdf” i „opolska_przekroje_2018_12_bud-a-07”, które zostały zastąpione plikami o nazwach: „opolska_detale_2019_06_10-D-04_detale-dach_A3.pdf” i „opolska_przekroje_2019_09_04-bud_a-07”.

Zamawiający w tym piśmie nie wskazał na wystąpienie elementu przesłanki w postaci bezprawnego pozyskania informacji o plikach z 2018 r., oraz nie wykazał elementu przesłanki w postaci uzyskania przewagi w postępowaniu za sprawą pozyskania informacji o tych plikach,

nie podał bowiem na czym miałyby polegać ta przewaga, zaś element w postaci poufności tych informacji odniósł jedynie do tego, że nie zostały one do tej pory udostępnione przez Zamawiającego jakimkolwiek podmiotom i tym samym stanowią informacje poufne.

Dopiero w przedstawionej powyżej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał na wszystkie elementy przesłanki wykluczenia i przedstawił swoją argumentację, opierając ją na nowym stwierdzeniu, że pozyskanie przez Odwołującego informacji o plikach z 2018 r. nastąpiło przed opublikowaniem ogłoszenia o zamówienia i z tego wywodzi możliwość uzyskania przewagi przez Odwołującego w postępowaniu, wskazując, że miał on więcej czasu na przygotowanie się do złożenia oferty. Zamawiający czas pozyskania plików wywodzi jedynie z tego, iż Odwołujący powołuje się na pliki, które nie zostały udostępnione jako element SIWZ, ani przy wszczęciu postępowania, ani do tej pory i uznaje, że to wskazuje, że musiał wejść w ich posiadanie przed wszczęciem postępowania, a w konsekwencji to oznacza przewagę nad innymi wykonawcami, ponieważ miał więcej czasu na przygotowanie oferty.

W ocenie Izby to, że przedmiotowe pliki z 2018 r. nie zostały załączone do SIWZ i znajdują się jedynie w posiadaniu Zamawiającego i projektanta, nie oznacza, że ewentualne pozyskanie przez Odwołującego informacji o nich mogło nastąpić jedynie przed wszczęciem postępowania. Przedłożone na tę okoliczność przez Zamawiającego pliki z 2018 r. i 2019 r. nie potwierdzają, że możliwość pozyskania tych pierwszych istniała jedynie przed datą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia. Wynika z nich bowiem, że przedmiotowe pliki z 2018 r. nadal istnieją. Zamawiający nie wykazał zatem np. że w dniu ogłoszenia o zamówieniu zlikwidował te pliki i w związku z tym wejście w ich posiadanie mogło nastąpić jedynie przed tą datą.

Również dopiero w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, odnosząc się do zarzutów odwołania, podniósł okoliczność bezprawności, wskazując, iż odnosi się ona do pozyskania informacji poufnych w sposób nieprzewidziany w ustawie Pzp. Niewątpliwie dokumentacja projektowa, składająca się na opis przedmiotu zamówienia, dla zapewnienia uczciwej konkurencji, powinna być udostępniana na równych zasadach wszystkim wykonawcom i dlatego nie powinna być udostępniona potencjalnym wykonawcom przed dokonaniem ogłoszenia o zamówieniu. Jednakże Zamawiający nie podał i nie wykazał jakie działania w celu pozyskania informacji o plikach z 2018 r. były podejmowane przez Odwołującego, oraz w jaki sposób i kiedy Agrobex wszedł w ich posiadanie.

Zamawiający, w informacji o wykluczeniu Odwołującego wskazał ogólnikowo na poufny charakter informacji, jednakże ani w tym piśmie, ani na rozprawie nie wykazał poufności informacji zawartych w spornych plikach z 2018 r., np. nie wykazał, że ograniczył dostęp do tych informacji dla zamkniętego kręgu pracowników i zabezpieczył te informacje. Zamawiający

nie podnosił np., że wymagał złożenia oświadczenia o zachowaniu w poufności dokumentacji projektowej, zawierającej te pliki, a jedynie, że nie upoważniał do jej udostępnienia podmiotom trzecim, w tym Odwołującemu, oraz, że jest ona w posiadaniu tylko jego i projektanta, a także że nie została ona upubliczniona. Nadto, jak zauważył Odwołujący, w SIWZ Zamawiający nie zastrzegł, że jakaś część dokumentacji projektowej, składającej się na opis przedmiotu zamówienia, jest poufna. Należy zatem przyjąć, że od momentu ogłoszenia o zamówieniu i upublicznieniu SIWZ dokumentacja ta jest ogólnodostępna, w tym możliwa do pozyskania na podstawie ustawy o dostępie do informacji publicznej, na co wskazuje m.in. dowód złożony przez Odwołującego w postaci wniosku do Urzędu Miasta Wydział Urbanistyki i Architektury w Poznaniu wraz z odpowiedzią z dnia 28 listopada 2019 r.

Ze stanowiska zaprezentowanego przez Zamawiającego na rozprawie wynika, że zgłoszony przez Odwołującego w pytaniach do SIWZ problem, z uwagi na merytoryczną zawartość plików, zachowałby aktualność także, jeżeli w zapytaniu nastąpiłoby wskazanie na nowe nazwy plików. Pliki z 2018 i 2019 r. dotyczące dachu są bowiem identyczne co do treści, różnią się jedynie nazwą, natomiast pliki co do przekroju różnią się opisem, przy czym w pliku z 2019 r. znajdują się dodatkowe opisy przedstawione na rysunkach. Jednakże problem, jaki występuje w pytaniach Odwołującego, dotyczący braku spójności co do ilości warstw papy (plik dotyczący dachu wskazuje na jedną warstwę, zaś plik dotyczący przekroju na dwie) jest taki sam. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w dowodach złożonych przez Zamawiającego, jak również wynika z dokumentacji postępowania.

W tych okolicznościach, skoro upublicznione przez Zamawiającego zostały informacje zawarte w plikach, zarówno w tych przed zmianą ich oznaczenia, jak też w tych po zmianie oznaczenia, przy czym te drugie, dotyczące przekroju, w szerszym zakresie, bo zawierającym także dodatkowy opis, to oznacza, że zawartość merytoryczna rysunków zawartych w plikach upublicznionych i nieupublicznionych jest, co do zasady, taka sama. Różnica pomiędzy plikami dotyczy ich nazwy, a nie ich treści. Trudno, zatem przyjąć, że znajomość nieupublicznionych plików dawałaby wykonawcy przewagę w postępowaniu, tym bardziej, jeżeli np. pozyskałby o nich wiedzę już po ogłoszeniu o zamówieniu, jak również trudno przyjąć, że poufność miałaby dotyczyć jedynie oznaczeń plików.

Dostrzeżenia wymaga w tym zakresie, iż występując z pytaniami do Zamawiającego, Odwołujący zgłosił uchybienie SIWZ, które było aktualne, także w odniesieniu do plików o zmienionej nazwie, co oznacza, że na skutek formalnej odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego, wszyscy potencjalni wykonawcy pozyskali wiedzę zarówno o wcześniejszej nazwie plików (co do przekroju niekompletnej), jak i ich zawartości, która to zawartość była węższa, niż udostępniona wraz z SIWZ i która zawierała tę samą niespójność. Tym samym, przed upływem terminu składania ofert, każdy z potencjalnych wykonawców miał taki sam

zakres informacji potrzebnych do przygotowania oferty i skalkulowania ceny. Nadto, jak zostało podniesione na rozprawie, pierwotny termin składania ofert został wydłużony przez Zamawiającego z 9 na 31 października 2019 r., co wydłużało czas wszystkim potencjalnym wykonawcom na przygotowanie i złożenie oferty.

Jak wynika ze złożonego przez Odwołującego na rozprawie dowodu w postaci ww. rysunku dotyczącego elementów dachu, sporządzonego na potrzeby innego postępowania i przez innego projektanta, rozwiązania zastosowane w rysunkach, udostępnionych przez Zamawiającego wraz z SIWZ, występują w innych postępowaniach na podobny przedmiot zamówienia. Przyjąć należy zatem, że ich zastosowanie przez innych projektantów wskazuje, że nie są rozwiązaniami unikatowymi, zastosowanymi wyłącznie na potrzeby analizowanego postępowania. Jak twierdzi Odwołujący, czemu Zamawiający nie zaprzeczył, rysunki te są przygotowywane na podstawie informacji udostępnianych przez producentów materiałów. Trudno zatem uznać, że Odwołujący posiadał lub mógł posiadać za ich sprawą przewagę w postępowaniu nad innymi wykonawcami. Skoro także w innych postępowaniach występują analogiczne rozwiązania, to każdy z wykonawców, który zna treść dokumentacji z tych postępowań, wie o jakie rozwiązania chodzi. Zamawiający na rozprawie, odnosząc się do tych dowodów, podał, iż to, że inny wykonawca posługuje się rysunkiem, który technologicznie jest zbliżony do rysunków mających zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu pozostaje bez wpływu na jego stanowisko, bowiem z tego rysunku nie wynika, aby występował on w pliku o takiej samej nazwie jak ta, którą posłużył się Odwołujący w pytaniach. Wskazuje to, iż Zamawiający koncentruje uwagę na oznaczeniach plików, pomijając ich zawartość merytoryczną. Tymczasem sama nazwa pliku, nawet jeśli nie byłaby wynikiem omyłki, jak twierdzi Zamawiający, przy analogicznej, co do zasady, ich zawartości nie wskazuje na to, że miałyby ona świadczyć o przewadze w postępowaniu.

W ocenie Izby, nie zostało wykazane przez Zamawiającego, którego stosownie do art. 6 Kodeksu cywilnego, w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, obciążał ciężar dowodu w tym zakresie, aby wystąpiły niezbędne elementy przesłanki wykluczenia Odwołującego z postępowania, określone w art. 24 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp. Tym samym za potwierdzony należy uznać zarzut dotyczący naruszenia tego przepisu.

W konsekwencji za potwierdzony należy także uznać zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, który stanowi, iż *ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą*. W sytuacji gdy wykonawca nie podlegał wykluczeniu z postępowania na wskazanej przez Zamawiającego podstawie, to nie występuje podstawa do uznania jego oferty za odrzuconą.

W okolicznościach analizowanej sprawy nie występuje także podstawa do uznania, że Odwołujący powinien zastosować self-cleaning. Przepis art. 24 ust. 8 ustawy Pzp stanowi, iż

wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu. Z przepisu tego wynika, że procedura self-cleaningu dotyczy wykonawcy, który podlega wykluczeniu z postępowania. Skoro Odwołujący od początku nie uznawał, aby wypełniał przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp, to nie był zobowiązany do wskazania w treści JEDZ w części III dodatkowych informacji. Zamawiający nie wykazał wystąpienia tych przesłanek. Należy zatem uznać, iż uwagi Zamawiającego, zawarte w informacji o wykluczeniu z postępowania, dotyczące braku skorzystania przez Odwołującego z przysługującego mu uprawnienia do złożenia samooczyszczenia, są pozbawione podstaw.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W analizowanej sprawie zostało wykazane, że doszło do naruszenia przepisów, które miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 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 (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zasądając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę uiszczanego wpisu oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie złożonej faktury.

Przewodniczący: