

Sygn. akt: KIO 1051/16

WYROK

z dnia 29 czerwca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 29 czerwca 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 czerwca 2016r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia S.K. i P.I. wspólników spółki cywilnej Exon z siedzibą w Poznaniu, ul. Romana Maya 1** w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego Skarb Państwa – Główny Urząd Statystyczny z siedzibą w Warszawie, Al. Niepodległości 208**

przy udziale **wykonawcy IBD Business School spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Panieńska 9** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1051/16 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia S.K. i P.I. wspólników spółki cywilnej Exon z siedzibą w Poznaniu, ul. Romana Maya 1i :**

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia S.K. i P.I. wspólników spółki cywilnej Exon z siedzibą w Poznaniu, ul. Romana Maya 1** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na kompleksową obsługę spotkań oraz wydarzeń organizowanych przez Główny Urząd Statystyczny w Warszawie” zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 marca 2016r, za numerem 2016/S 050-083173.

W dniu 6 czerwca 2016r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy IBD Business School spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Panieńska 9.

W dniu 16 czerwca 2016r. odwołujący - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia S.K. i P.I. wspólników spółki cywilnej Exon z siedzibą w Poznaniu, ul. Romana Maya 1 – wnieśli odwołanie drogą elektroniczną. Odwołanie zostało podpisane bezpiecznym podpisem elektronicznym zweryfikowanym za pomocą ważnego certyfikatu przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 16 czerwca 2016r. udzielonego przez obu wspólników spółki cywilnej. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 16 czerwca 2016r.

W dniu 16 czerwca 2016r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 17 czerwca 2016r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca IBD Business School spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Panieńska 9 wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została wybrana, a uwzględnienie odwołania pozbawiłoby wykonawcę zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez wiceprezesa zarządu, działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 16 czerwca 2016r. udzielonego przez dwóch wiceprezesów zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Brak dowodów przekazania kopii zamawiającemu i odwołującemu.

W odwołaniu odwołujący zaskarżył czynność wyboru najkorzystniejszej oferty nr 9 IBD Business School sp. z o.o. (dalej: IBD) oraz czynności odmowy udostępnienia dokumentów z postępowania z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2015r. poz. 2164 – dalej ustawy) przez uznanie, że oferta IBD nie podlega odrzuceniu, mimo że nie była zgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej siwz),

2. art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy przez uznanie, że IBD wykazało spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej,
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez uznanie, że IBD wykazało spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,
4. art. 26 ust. 2b ustawy przez uznanie, że doszło do rzeczywistego udzielenia IBD zasobów ekonomicznych i finansowych lub wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci
5. § 3 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, przez jego niezastosowanie mimo że podmiot trzeci (o ile udzielił zasobów) będzie brał udział w realizacji części zamówienia.
6. art. 8 ust. 3 ustawy przez odmowę udostępnienia dokumentów w postaci oświadczenia o udostępnieniu zasobów, wykazu usług, uzasadnienia objęcia tajemnicą, powołując się na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, mimo że dokumenty te nie mogły zawierać informacji poufnych.

Wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

1. nakazanie zamawiającemu ujawnienia dokumentów stanowiących element oferty IBD w postaci oświadczenia o udostępnieniu zasobów, wykazu usług, uzasadnienia objęcia tajemnicą,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcy IBD i odrzucenia jego oferty a ewentualnie nakazanie wezwania IBD do uzupełnienia dokumentów podmiotowych podmiotu trzeciego (zawartych w pkt 8.1 siwz)
4. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert nieodrzuconych.
5. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego,
6. zasądzenie na rzecz odwołującego zwrotu uzasadnionych oraz udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu, w tym kosztów zastępstwa.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z dokumentacji zamówienia zgromadzonej przez zamawiającego, w szczególności dokumentów wymienionych w treści odwołania.

Odwołujący wskazał, że ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ jego oferta została sklasyfikowana jako druga najkorzystniejsza, zaś w razie uwzględnienia odwołania oferta ta byłaby uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący w uzasadnieniu podniósł., że pismem z dnia 6 czerwca 2016 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty nr 9 wykonawcy IBD Business School sp. z o.o. Z pisma wynika, że drugą najkorzystniejszą ofertę złożyli odwołujący.

W punkcie 12 formularza ofertowego IBD oświadczyło, że: „w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1, powołujemy się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2B ustawy na zasoby PENTAD S.A. jednak podmiot ten nie będzie brał udziału w realizacji żadnej części zamówienia”.

Odwołujący zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie informacji jakie dokumenty złożone przez wykonawcę IBD zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. W odpowiedzi, pismem z dnia 7 czerwca 2016 r. zamawiający przedstawił wykaz trzech dokumentów:

1. Informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa - uzasadnienie,
2. Informacja o środkach finansowych,
3. Wykaz usług z poświadczeniem należytego wykonania.

W związku z powyższym odwołujący zwrócił się o udostępnienie dokumentów nieobjętych powyższym wykazem, tj.

1. oświadczenie o udostępnieniu zasobów przez podmiot trzeci na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy p.z.p, (Pentad S.A.),
2. dokumenty wymienione w pkt 8.1 SIWZ dotyczące podmiotu trzeciego w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy p.z.p. (Pentad S A),
3. dokumenty stanowiące korespondencję między zamawiającym a wykonawcą IBD Business School sp. z o.o.: (wnioski, wezwania, wyjaśnienia, uzupełnienia) sporządzone po terminie składania ofert.

W odpowiedzi zamawiający wskazał, że oświadczenie o udostępnieniu zasobów stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa (mimo, że wcześniej nie przekazał takiej informacji), zaś co do dokumentów wymienionych w pkt 8.1. siwz dotyczących podmiotu trzeciego - wykonawca IBD nie miał obowiązku ich przedkładania.

Dostrzegając istotne braki w ofercie wykonawcy IBD, odwołujący skierował do zamawiającego pismo zawierające zarzuty wraz z uzasadnieniem. Pismem z dnia 13.06.2016 r. zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, nie ustosunkowując się jednak do przedstawionych mu zarzutów.

Odwołujący w świetle powyższego stanu faktycznego podniósł, że sformułowanie przez odwołujących zarzutów i wniosków było w dużym stopniu utrudnione z uwagi na znaczną ilość dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. W szczególności brak dostępu do treści oświadczenia o udostępnieniu zasobów przez podmiot trzeci uniemożliwił powzięcie wiadomości na temat tego czy udostępnienie to jest realne (rzeczywiste), jakie zasoby podlegają udostępnieniu oraz czy podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji części zamówienia. Z tego też względu zarzut nr 5, należy traktować jako ewentualny względem zarzutów nr 1-4.

Wykonawca IBD dokonał zmiany formularza ofertowego. W pkt 12. przekreślono frazę: i zamierzamy powierzyć im wykonanie następujących części zamówienia. Zamiast niej

dopisano: jednak podmiot ten nie będzie brał udziału w realizacji żadnej części zamówienia. Tego rodzaju modyfikacja oznacza, zdaniem odwołującego, złożenie oferty niezgodnej z siwz, co skutkuje koniecznością odrzucenia takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy. Zamawiający w niniejszym postępowaniu określił warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Postawione warunki są tego rodzaju, że ich spełnienie przy pomocy zasobów podmiotu trzeciego (w rozumieniu 26 ust. 2b p.z.p.) wiąże się nierozłącznie z udziałem tego podmiotu w wykonaniu części zamówienia. Wynika to jednoznacznie z treści formularza. Postanowienie to jest istotne bo przesądza o sposobie udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Przesądza również o rodzaju dokumentów jakie powinien złożyć W postępowaniu wykonawca. Oświadczając, że podmiot trzeci nie będzie brał udziału w wykonaniu jakiegokolwiek części zamówienia, IBD dopuścił się złożenia oferty niezgodnej ze specyfikacją.

W punkcie 12 formularza ofertowego IBD wskazało, że w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 p.z.p. powołuje się na zasadach art. 26 ust. 2b ustawy na zasoby PENTAD S.A. Spółka o takiej nazwie jednak nie istnieje. Nie jest zarejestrowana w Krajowym Rejestrze Sądowym. Jako dowód odwołujący powołał wydruk z rejestru Ministerstwa Sprawiedliwości

Wykonawca IBD nie złożył w postępowaniu dokumentów podmiotowych podmiotu trzeciego (PENTAD S.A.), mimo że był do tego zobowiązany. W odpowiedzi na wniosek o udostępnienie dokumentów zamawiający odpowiedział, że obowiązek złożenia dokumentów wymienionych w pkt 8.1. siwz nie dotyczył IBD. Stanowisko to jest, zdaniem odwołującego, błędne. IBD oświadczył, że w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu będzie korzystał z zasobów podmiotu trzeciego. W związku z utajnieniem oświadczenia o udostępnieniu zasobów można jedynie domniemywać, że udostępnienie to dotyczyło: potencjału ekonomicznego i finansowego, potencjału wiedzy i doświadczenia albo obu tych potencjałów jednocześnie. W pkt 7.3.7) siwz zamawiający wskazał, że: Wykonawca powołujący się przy wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust: 1 pkt 4 ustawy, na potencjał innych podmiotów na zasadach określonych w 26 ust. 2b ustawy, przedkłada także dokumenty dotyczące tego podmiotu w zakresie wymaganym dla wykonawcy, określonym w pkt 8.1 siwz. Zamawiający wprost w siwz zobowiązał więc wykonawców do przedłożenia dokumentów podmiotowych podmiotu trzeciego w przypadku korzystania z jego zdolności ekonomicznej i finansowej.

W odniesieniu do korzystania z zasobów podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia zastosowanie znajduje zapis pkt 8.1.8) siwz; jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający żąda od wykonawcy przedstawienia w

odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w pkt 8.1. Kluczowy jest, w ocenie odwołującego, w tym kontekście fakt, iż jak powszechnie uznaje się doktrynie i orzecznictwie korzystanie w realizacji zamówienia z potencjału wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego zawsze będzie się wiązać z jakąś formę udziału tego podmiotu w wykonaniu części zamówienia. Ten słuszny pogląd oparty jest na konstatacji prostego faktu: wiedza i doświadczenie firmy nie jest zasobem który podlega samodzielnemu obrotowi. Nie może być zbywany i udostępniany jako samodzielne dobro. Udostępnienie może nastąpić tylko w ramach określonych działań tego przedsiębiorstwa - jego aktywności. Choćby były to doradztwo i konsultacje, to występuje udział podmiotu trzeciego w realizacji części zamówienia. Stanowisko takie zajmuje Urząd Zamówień Publicznych w publikowanych opiniach prawnych.:

„Zakres dokumentów, jakie przedstawia wykonawca na potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych, w sytuacji, w której korzysta z potencjału podmiotu trzeciego”

<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/zakres-dokumentow,-jake-przedstawia-wykonawca-na-potwierdzeme-spełniania-warunkow-podmiotowych,-w-sytuacji,-w-ktorej-korzysta-z-potencjalu-podmiotu-trzeciego>

<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/warunki-dopuszczalnosci-powolywania-sie-przez-wykonawce-na-referencje-dotyczace-osob-trzecich-w->

[celu-Wykazania-spełnienia-warunkow-udzialu-w-postepowaniu-art.-26-ust.-2b-ustawy-prawo-zamowien-publicznych](https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/warunki-dopuszczalnosci-powolywania-sie-przez-wykonawce-na-referencje-dotyczace-osob-trzecich-w-celu-Wykazania-spełnienia-warunkow-udzialu-w-postepowaniu-art.-26-ust.-2b-ustawy-prawo-zamowien-publicznych)

Stanowisko to potwierdza także w swoich wyrokach Krajowa Izba Odwoławcza:

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.03.2015 r. (KIO 451/15), wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 07.08.2014 r. (KIO 1502/14). Reasumując odwołujący stwierdził, że, korzystanie z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego zawsze będzie się wiązać z udziałem tego podmiotu w realizacji części zamówienia (nawet jeżeli nie nastąpi to w formie podwykonawstwa). Udział ten może przybrać dowolną formę, także doradztwa, konsultacji czy innej formy merytorycznego wsparcia. Niesie to za sobą obowiązek przedłożenia dokumentów podmiotowych podmiotu trzeciego.

W ocenie odwołującego zamawiający zbyt bezkrytycznie podchodzi do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez IBD. Na zamawiającym spoczywa obowiązek należytego badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a następnie podjęcia decyzji o odtajnieniu bądź nie oferty wykonawcy. Zamawiający obligatoryjnie w każdym przypadku powinien zbadać, czy faktycznie zaistniały przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa. Według art. 11 ust. 4 u.z.n.k., za tajemnicę przedsiębiorstwa może być uznana określona informacja, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny

przedsiębiorstwa lub jest informacją posiadającą wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Zamawiający powinien wystąpić do wykonawcy o wykazanie spełnienia przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa oraz przedstawienie dowodów w tym zakresie. W szczególności za wątpliwą należy uznać możliwość zastrzeżenia poufności wykazu usług. W przedmiotowym postępowaniu wykonawca winien wykazać się doświadczeniem w realizacji usług z zakresu organizacji konferencji, seminariów, szkoleń na znaczną kwotę. Realizacja tego rodzaju usług niezmiernie rzadko utrzymywana jest w tajemnicy. Zazwyczaj organizacja konferencji jest ujawniana w mediach czy Internecie. Od odpowiedniego rozpropagowania często zależy jej powodzenie. Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga podjęcia przez wykonawcę niezbędnych działań w celu utrzymania niejawności złożonych informacji. Stoi to w oczywistej sprzeczności z charakterem usług, których cechą jest również to, że objętych jest nimi duża ilość, często przypadkowych osób. Trudno więc uznać, że wiedza o wykonaniu tego rodzaju usługi jest informacją poufną.

Odwołujący odwołał się do wyroku KIO z dnia 23.04.2010 r. (KIO/UZP 528/10) (podobnie KIO 2784/14 oraz KIO 680/15).

Zdaniem odwołującego nie sposób uznać, że przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa może posiadać zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia wykonawcy określonych zasobów. Treść takiego oświadczenia jest w znacznym stopniu ograniczona ustawą. Ograniczone są zasoby, które można udostępnić. W praktyce powtarzalne są również formy tego udostępnienia. Podobny charakter zdaniem odwołującego należy przypisać samemu uzasadnieniu objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Uzasadnienie to nie jest informacją handlową, techniczną organizacyjną. Nie ma wartości gospodarczej. Nie może więc być przedmiotem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Tak też w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 16 stycznia 2015 r. (KIO 2792/14) i w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 26 listopada 2014 r. (KIO 2360/14)

Informacja powinna posiadać wartość gospodarczą nie tylko na użytek konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale powinna mieć dla przedsiębiorstwa wartość gospodarczą przynajmniej w jakimś okresie czasu stałą dla jego funkcjonowania i znaczenia na rynku np. źródła zaopatrzenia i zbytu, kooperanci, wynalazki i patenty. Oświadczenie podmiotu trzeciego oraz uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy z pewnością takiej wartości gospodarczej nie posiadają.

W dniu 28 czerwca 2016r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Podniósł, że zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia przystępującego z powodu niespełnienia warunku potencjału finansowego i ekonomicznego oraz wiedzy i doświadczenia nie zostały uzasadnione i nie mogą podlegać rozpoznaniu. Tak

Sąd Okręgowy w Gliwicach z dnia 29 czerwca 2009r. sygn. akt X Ga 110/09 i KIO z dnia 8 kwietnia 2015r. sygn. akt KIO 569/15. W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego zamawiający podniósł, że wprowadzenie oświadczenia, że podmiot trzeci nie będzie brał udziału w realizacji części zamówienia nie stanowi sprzeczności pomiędzy treścią oferowanego świadczenia, a wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia czy innymi postanowieniami siwz. Zamawiający powołał wyrok z dnia 19 lutego 2015r. sygn. akt KIO 945/15. Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem odwołującego, że spełnienie warunków udziału w postępowaniu przy pomocy podmiotu trzeciego wiąże się nierozzerwalnie z udziałem tego podmiotu w realizacji zamówienia. Co do zarzutu zaniechania wykluczenia z powodu nie wykazania potencjału finansowego, to zamawiający stwierdził, że przystępujący wykazał spełnienie tego warunku. W zakresie zaniechania wykluczenia z powodu nie wykazania potencjału wiedzy i doświadczenia zamawiający stwierdził, że przystępujący wykazał spełnianie warunku. W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 2b ustawy, to zamawiający podniósł, że istnieje spółka Pentad Investments SA. W zakresie naruszenia § 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, to zamawiający podniósł, że zarzut odwołania jest chybiony i nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający podniósł także, iż pkt. 7.3.7 siwz nie można odczytywać w oderwaniu pkt. 8.1.8 siwz oraz §3 ust. 4 cyt. rozporządzenia i obowiązek składania dokumentów podmiotowych dotyczy tylko podmiotów trzecich, o ile będą one brały udział w realizacji zamówienia. Zamawiający wskazał wyrok z dnia 12 czerwca 2015r. sygn. akt KIO 1127/15, z dnia 5 stycznia 2015r. sygn. akt KIO 2685/14, z dnia 27 maja 2011r. sygn. akt KIO 1008/11. W ocenie zamawiającego dysponowanie zasobami finansowymi nie wiązało się w niniejszym postępowaniu z koniecznością udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Co do tajemnicy przedsiębiorstwa to zamawiający uznał, że została ona skutecznie zastrzeżona, gdyż zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, oraz podjęto działania w celu zachowania ich w poufności.

Na posiedzeniu przystępujący również złożył pisemne stanowisko i wniósł o oddalenie odwołania, argumentując tak jak zamawiający.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, siwz wraz z załącznikami, wyjaśnień treści siwz, modyfikacji treści siwz, oferty IBD.

Izba pominęła dowód z wydruku ze strony internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości załączony do odwołania stwierdzając, że okoliczność, iż firma Pentad SA nie istnieje nie jest sporna pomiędzy stronami.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, że:

Z treści siwz wynika, że w pkt 7.3.7) siwz zamawiający wymagał, aby wykonawca powołujący się przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy (warunek ekonomiczny i finansowy), na potencjał innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, przedkładał także dokumenty dotyczące tego podmiotu w zakresie wymaganym dla wykonawcy, określonym w pkt 8.1 SIWZ.

Zgodnie z pkt. 8.1. siwz zamawiający żądał, aby w zakresie potwierdzenia niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy, przedkładano:

- 1) oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia (wzór - załącznik nr 5 do SIWZ),
- 2) aktualny odpis z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert,
- 3) aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert,
- 4) aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert,
- 5) aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10 i 11 ustawy, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert,
- 6) aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert,
- 7) w przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8, 10 i 11 ustawy, mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8, 10 i 11 ustawy, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, z tym że w przypadku gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich

zaświadczeń - zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób lub przed notariuszem,

8) jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający żąda od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w pkt.8.1.

Z wzoru formularza ofertowego wynika, że zamawiający żądał złożenia następującego oświadczenia:

10.2 „Oświadczamy, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1, powołujemy się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy na zasoby (nazwa/y (firm) podwykonawców):

.....

i zamierzamy powierzyć im wykonanie następujących części zamówienia:

.....”

W ocenie Izby ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że postanowienia siwz nie są wewnętrznie spójne, gdyby bowiem odczytywać treść poszczególnych postanowień można byłby dojść do sprzecznych ustaleń i tak :

- z pkt. 7.3.7 – wynika, że zasoby potencjału ekonomicznego i finansowego składania dokumentów, o których mowa w pkt. 8.1,
- z pkt. 8.1.8 wynika, że wszystkie zasoby (potencjału posiadania uprawnień, wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego, kadrowego, ekonomicznego czy finansowego) – wymagają od podmiotu trzeciego składania dokumentów, o których mowa w pkt. 8.1, o ile podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji części przedmiotu zamówienia,
- z pkt. 10.2 formularza ofertowego wynika, że dla każdego potencjału (uprawnień, wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego, kadrowego, ekonomicznego czy finansowego) o ile wykonawca zamierza korzystać z zasobów innego podmiotu, to powierza mu wykonanie części zamówienia.

Biorąc to pod uwagę Izba oceniła, że nie można nadać szczególnego znaczenia właśnie pkt. 7.3.7. jak chce tego odwołujący, gdyż treść siwz jest wewnętrznie sprzeczna i nie można na jej podstawie ustalić jednoznacznie rzeczywistej woli zamawiającego. W konsekwencji tego ustalenia należało przyjąć, że wolą zamawiającego było podporządkowanie się przepisom ustawy czemu dał wyraz w pkt. 8.1.8 siwz i żądanie dokumentów podmiotowych od podmiotów trzecich tylko w sytuacji, gdy będą one brały udział w realizacji części zamówienia. Dalszym logicznym wnioskiem powyższych ustaleń jest to, że skoro wolą zamawiającego było żądanie dokumentów podmiotowych od podmiotów trzecich tylko w

sytuacji, gdy będą one brały udział w realizacji części zamówienia, to wymóg zamiaru powierzenia podmiotom trzecim części zamówienia określony w formularzu ofertowym nie był wymogiem bezwzględnie obowiązującym, ale podlegał modyfikacjom w zależności od sposobu korzystania przez wykonawców z zasobów podmiotów trzecich na etapie realizacji zamówienia. Przyjęcie rozumowania przeciwnego, w oparciu o literalną treść pkt. 10.2 formularza ofertowego, prowadziłoby bowiem do ograniczenia wykonawców w możliwości korzystania z zasobów podmiotów trzecich, choćby w zakresie potencjału technicznego, czy kadrowego, gdzie najem czy dzierżawa sprzętu czy delegowanie pracownika nie wiąże się z osobistym udziałem podmiotu trzeciego w realizacji części zamówienia.

Z oferty IBD wynika, że w pkt. 12 formularza ofertowego wykonawca złożył następujące oświadczenie

„Oświadczamy, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1, powołujemy się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy na zasoby : PENTAD SA

i zamierzamy powierzyć im wykonanie następujących części zamówienia:

jednak podmiot ten nie będzie brał udziału w realizacji żadnej z części zamówienia”

IBD objął tajemnicą przedsiębiorstwa str. 47 – 55 swojej oferty tj. dokumenty o nazwach informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa uzasadnienie, informacja o środkach finansowych – dwa dokumenty, wykaz usług – dwa dokumenty. Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że IBD nie korzysta z zasobów innego podmiotu w zakresie wiedzy i doświadczenia, co zostało przyznane przez zamawiającego i przystępującego na rozprawie, gdyż wskazując na badanie poufności informacji w zakresie wiedzy i doświadczenia zamawiający wskazywał na badanie strony przystępującego (a nie innego wykonawcy), a przystępujący podał, że na jego stronie internetowej nie ma informacji dotyczących zamówienia wykazanego w wykazie usług. W konsekwencji nie sposób było uznać, że sam fakt, iż przystępujący powołuje się w zakresie w warunku wiedzy i doświadczenia na zasoby własne została zachowana w poufności.

Izba oceniła złożone dokumenty i stwierdziła, że w dokumencie „Informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa – uzasadnienie” wykonawca podał ustawowe przesłanki objęcia informacji klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” następnie w zakresie wykazu usług i referencji wykonawca nie podał informacji o podmiocie, z którym współpracował, wartości projektu, datach jego wykonania, czy innych danych pozwalających na identyfikację informacji stanowiących jego tajemnicę przedsiębiorstwa a więc jak sam wskazał w tym dokumencie, informacji o charakterze organizacyjnym mających wartość gospodarczą, które ma interes zachować w poufności. W dalszej kolejności IBD odnosząc się do informacji o środkach finansowych ponownie wskazał na wartość gospodarczą tych informacji i zachowanie ich przez siebie, bez ujawniania podmiotu z którym nawiązał współpracę, nazwy

banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, informacji o tym czy potwierdzenie dotyczy wysokości posiadanych środków finansowych czy zdolność kredytową wykonawcy, ani też ich wysokości. W ocenie Izby powyższy dokument nie zawiera informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa IBD i jego ujawnienie nie szkodzi interesom wykonawcy, gdyż zawiera wyłącznie wskazanie na przesłanki wynikające z przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bez możliwości ustalenia na podstawie tych danych jakie informacje są tajemnicą przedsiębiorstwa w dokumentach zastrzeżonych na str. 50 – 55.

Izba oceniła dokumenty załączonej jako informacje o środkach finansowych i stwierdziła, że zawarte tam informacje stanowią informacje mogące mieć wartość gospodarczą, gdyż dotyczą źródeł finansowania wykonawcy IBD oraz wysokości tych źródeł, a także sposobu ich pozyskania. W ocenie Izby te informacje mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy IBD.

Izba oceniła dokumenty załączone jako wykaz usług i stwierdziła, że w tych dokumentach znajdują się informacje dotyczące projektu wykonanego przez IBD na rzecz publicznej jednostki budżetowej.

W dniu 20 maja 2016r. odwołujący wystąpił do zamawiającego o udostępnienie formularza ofertowego i cenowego oraz referencji z oferty przystępującego.

W dniu 24 maja 2016r. zamawiający odpowiedział, że jest w toku badania ofert i niezwłocznie po ich zbadaniu prześle je odwołującemu. Wskazał planowany termin na dzień 25 maja 2016r.

W dniu 25 maja 2016r. zamawiający przekazał wykonawcy ofertę IBD w zakresie części jawnej.

W dniu 7 czerwca 2016r. odwołujący wystąpił do zamawiającego o udostępnienie listy dokumentów (ich nazw) załączonych do oferty wykonawcy IBD – co do których wykonawca zastrzegł poufność.

W dniu 7 czerwca 2016r. zamawiający odpowiedział, że udostępni wykaz dokumentów:

- informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa – uzasadnienie,
- informacja o środkach finansowych,
- wykaz usług z poświadczeniem należytego wykonania.

W dniu 8 czerwca 2016r. odwołujący wniósł do zamawiającego o udostępnienie dokumentów dotyczących postępowania w zakresie firmy IBD:

- oświadczenia o udostępnieniu zasobów przez podmiot trzeci na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy (Pentad SA)
- dokumentów wymienionych w pkt. 8.1. siwz dotyczących podmiotu trzeciego w rozumieniu art. 26 ust. 2 b ustawy (Pentad SA),

- dokumentów stanowiących korespondencję między zamawiającym, a wykonawcą IBD (wnioski, wezwania, wyjaśnienia, uzupełnienia) sporządzone po terminie składania ofert.

W dniu 7 czerwca 2016r. zamawiający odpowiedział, że udostępni kopię dokumentacji stanowiącej korespondencję między zamawiającym, a firmą IBD z okresu po terminie składania ofert oraz poinformował, że oświadczenie o udostępnieniu zasobów przez podmiot trzeciego na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy (Pentad SA) – stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, a dokumenty wymienione w pkt. 8.1 siwz dotyczące podmiotu trzeciego w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy (Pentad SA) – nie dotyczy. Zamawiający do pisma dołączył pismo IBD do zamawiającego z dnia 1 czerwca 2016r. dotyczące wskazania istnienia podstaw odrzucenia oferty wykonawcy KDK sp. z o.o., wraz z wyjaśnieniami treści siwz z dnia 8 kwietnia 2016r., pismo IBD z dnia 20 maja 2016r. o wgląd do dokumentacji postępowania i odpowiedź zamawiającego z dnia 23 maja 2016r.

W dniu 10 czerwca 2016r. wykonawca IBD złożył zamawiającemu pismo zatytułowane wyjaśnienia do oferty, gdzie wskazał, że w formularzu ofertowym popełnił omyłkę pisarką polegającą na wskazaniu nazwy podmiotu udostępniającego zasoby jako Pentad SA podczas, gdy powinno być Pentad Investments SA, tak jak nazwa wskazana w Informacji o środkach finansowych. IBD wskazał, że w KRS nie figuruje żadna spółka o nazwie Pentad SA, powołał wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku sygn. akt XII Ga 206/08. Wyjaśnienia nie zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia spełnia wymagania formalne wynikające z art. 185 ust. 2 ustawy

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba ustaliła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody spełniając przesłanki wynikające z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy przez uznanie, że oferta IBD nie podlega odrzuceniu, mimo że nie była zgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy. Natomiast dla zastosowania normy art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy konieczne jest ustalenie bezspornej treści siwz i podstawienie pod ten wzorzec treści złożonej oferty. Jak

wynika z ustaleń stanu faktycznego treść pkt. 7.3.7. siwz nie jest bezsporna i nadanie jej treści zgodnie z § 3 ust. 4 rozporządzenia sprawie rodzaju dokumentów czyni ją dopiero zgodną z pkt. 8.1.8 siwz. Tym samym sam ten przepis nie może być wzorcem do ustalenia czy treść oferty nie odpowiada treści siwz. Izba ustaliła, że jedynie spójna treść siwz to taka, w której zamawiający ograniczył żądanie dokumentów podmiotowych od podmiotów trzecich jedynie do tych sytuacji, gdy będą one brały udział w realizacji przedmiotowego zamówienia. Konsekwencją tego ustalenia jest to, że wymóg składania oświadczeń o zakresie tego udziału wynikający z formularza ofertowego mógł być odnoszony jedynie do podmiotów trzecich uczestniczących w realizacji zamówienia. Skutkiem tego jest, że nie można uznać, iż wykreślenie tego postanowienia i zastąpienie go postanowieniem oświadczającym o braku udziału w realizacji zamówienia podmiotu trzeciego, nie jest niezgodne z treścią siwz. Co więcej ma ten sam efekt, co gdyby wykonawca nie wykreślił zapisu pkt. 10.2 formularza ofertowego a jedynie dodał wskazanie „nie dotyczy”. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy przez uznanie, że IBD wykazało spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt. 1 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się również wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, z wyłączeniem czynności wykonywanych podczas dialogu technicznego, o którym mowa w art. 31a ust. 1, lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba, że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji, przepisu nie stosuje się do wykonawców, którym udziela się zamówienia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt. 2 lub art. 67 ust. 1 pkt. 1 i 2 ustawy. Powołana przez odwołującego podstawa prawna nie konsumuje się w przytoczonym przez odwołującego stanie faktycznym, tj., że podmiot udostępniający zasób finansowo-ekonomiczny jest nierzeczywisty, gdyż nie figuruje w rejestrze przedsiębiorców. Tak opisany stan faktyczny można podciągnąć pod normę art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy, która nakazuje zamawiającemu wykluczyć z postępowania wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jednakże jak wynika z ustaleń dokonanych przez Izbę:

- po pierwsze oświadczenie o brak udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia nie jest sprzeczne z pkt. 7.3.7 siwz, gdyż to postanowienie siwz nie może być odczytywane bez doprowadzenia do wewnętrznej sprzeczności siwz w oderwaniu od pkt. 8.1.8 siwz i pkt. 10.2 formularza ofertowego,

- po drugie fakt, iż przystępujący omyłkowo w pkt. 12 formularza ofertowego wskazał nazwę Pentad SA zamiast nazwy Pentad Investments SA była znana w postępowaniu od dnia 10 czerwca 2016r., gdzie przystępujący tę kwestię na wezwanie zamawiającego wyjaśnił. Pismo w tej sprawie nie było objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, a zatem nazwa podmiotu udostępniającego zasób takiej tajemnicy nie stanowiła. Odwołujący nie kwestionował istnienia firmy Pentad Investments SA. Nadto Izba nie podziela stanowiska odwołującego, że każdorazowo potencjał finansowy musi być rozpatrywany łącznie z potencjałem ekonomicznym, gdyż to wynika z brzmienia art. 22 ust. 1 pkt. 4 ustawy. Izba zauważa, że również w pkt. 3 ust. 1 art. 22 ustawodawca używa spójnika stanowiącego koniunkcję czyli „oraz”, co jednak nie oznacza, że w przypadku, gdy zamawiający nie wymaga wykazania spełniania potencjału technicznego, każdorazowo badając potencjał kadrowy musi to czynić przez pryzmat potencjału technicznego. A właśnie takiego rozumowania domaga się odwołujący w niniejszej sprawie. Zamawiający wymagał środków finansowych lub zdolności kredytowej na poziomie 400 000zł., zaś przystępujący oczekuje, że ta zdolność będzie powiązana z renomą, płynnością, czy innymi wskaźnikami ekonomicznymi, które, czemu Izba nie neguje mogą mieć charakter nieprzenaszalny. W ocenie Izby w postawionym wymaganiu zamawiający wymagał jedynie zapewnienia sobie przez wykonawców dostępności do środków finansowych określonej wysokości i takie dostęp może wiązać się z udziałem w realizacji części jakiego zamówienia np. przyjmując formę zobowiązania do zakupu materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia do wysokości udostępnionych środków, ale nie musi i może przyjąć np. formę pożyczki celowej. W konsekwencji w przedmiotowym postępowaniu w ocenie Izby brak jest podstaw do przyjęcia, że zasób zdolności finansowej nie został zamawiającemu rzeczywiście udostępniony, a zatem izba nie stwierdziła, aby zamawiający dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 4 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez uznanie, że IBD wykazało spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy nakazuje zamawiającemu wykluczyć z postępowania wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

2) posiadania wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący oparł zarzut na nierzeczywistym udostępnieniu potencjału przez podmiot trzeci. Wobec faktu, iż potencjał doświadczenia, był potencjałem własnym odwołującego zarzut nie odnosił się do zaistniałego w sprawie stanu faktycznego. Natomiast ustalony stan faktyczny

nie dawał podstaw do przyjęcia, że przystępujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału wiedzy i doświadczenia. W tym stanie rzeczy izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 2b ustawy przez uznanie, że doszło do rzeczywistego udzielenia IBD zasobów ekonomicznych i finansowych lub wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 26 ust. 2b stanowi, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Zarzut oparty jest na przekonaniu odwołującego, że podmiotem udostępniającym zasoby jest firma Pentad SA. Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego podmiotem udostępniającym zasoby jest firma Pentad Investments SA, której istnienia odwołujący nie kwestionował. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 26 ust. 2b ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego § 3 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, przez jego niezastosowanie mimo że podmiot trzeci (o ile udzielił zasobów) będzie brał udział w realizacji części zamówienia.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W myśl § 3 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...), jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w ust. 1–3. Przepis ten oznacza zatem prawo zamawiającego do żądania dokumentów podmiotowych od podmiotu udostępniającego zasoby, pod tym wszakże warunkiem, że podmiot ten będzie

brał udział w realizacji przedmiotowego zamówienia. Izba stwierdziła, że udostępnienie zasobów w niniejszym postępowaniu dotyczy potencjału ekonomiczno-finansowego i oceniła, że treść postanowień siwz nie nakłada na wykonawców większych obowiązków niż przewiduje to § 3 ust. 4 powołanego rozporządzenia. Izba podtrzymuje także swoje stanowisko, co do tego, że w niniejszym postępowaniu zasób potencjału finansowego może być realnie przeniesiony bez konieczności udziału podmiotu trzeciego w realizacji przedmiotowego zamówienia. W konsekwencji w ocenie Izby przystępujący nie był w niniejszej sprawie zobowiązany do składania dokumentów podmiotowych podmiotu trzeciego. Izba nie dopatrzyła się zatem naruszenia przez zamawiającego § 3 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...).

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 3 ustawy przez odmowę udostępnienia dokumentów w postaci oświadczenia o udostępnieniu zasobów, wykazu usług, uzasadnienia objęcia tajemnicą, powołując się na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, mimo że dokumenty te nie mogły zawierać informacji poufnych.

Izba pozostawiła zarzut bez rozpoznania. Izba przyznała rację zamawiającemu, że zarzut w tym zakresie jest zarzutem podniesionym z naruszeniem art. 182 ust. 3 pkt. 1 ustawy. Zgodnie z tym przepisem 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. Izba ustaliła, że o tym, iż zamawiający zakończył badanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i odmówił odwołującemu wglądu z utajnioną treść oferty przystępującego, odwołujący powziął wiadomość w dniu 25 maja 2015r. Tym samym termin na wniesienie odwołania na zaniechanie odtajnienia i odmowę udostępnienia odwołujący powinien był wnieść do dnia 4 czerwca 2016r., zaś przedmiotowe odwołanie zostało wniesione w dniu 16 czerwca 2016r., a więc z uchybieniem przedmiotowego terminu. W konsekwencji zarzut nie podlegał rozpoznaniu.

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

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i § 5 ust. 4 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) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania.

Przewodniczący:.....