

Sygn. akt: KIO 2105/19

WYROK

z dnia 4 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Renata Tubisz
Katarzyna Brzeska
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 31 października 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 października 2019r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **SYSTRA Spółka Akcyjna z siedzibą we Francji w Paryżu, 72-76 Rue Henry Farman 2. S.B. wspólnik spółki cywilnej Biuro Projektowo-Konsultingowe BPK Mosty S.B. i J.B. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Antoniego Wiwulskiego 12, 3. J.B. wspólnik spółki cywilnej Biuro Projektowo-Konsultingowe BPK Mosty S.B. i J.B. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Antoniego Wiwulskiego 12, 4. INFRARES Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Świętojerska 5/7 (adres do korespondencji SYSTRA SA Oddział w Polsce we Wrocławiu, ul. Komandorska 12)**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74**

przy udziale wykonawcy **TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Annopol 22** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2105/19 po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy **Voessing Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Grobla 17/5** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2105/19 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie :

Zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy przez zaniechanie

wykluczenia wykonawcy Voessing Polska Sp. z o.o. (ul. Grobla 17/5, 61-853 Poznań, dalej Voessing) z postępowania pomimo tego, że nie wykazał braku podstaw wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 pkt 14 oraz art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy i zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy Voessing do przedstawienia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 pkt 14 oraz art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy
- **wobec cofnięcia ich przez odwołującego,**

2. Umarza postępowanie w zakresie

Zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1 i 3 ustawy, w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.J. Dz.U. z 2019 r. poz. 1010, ze zm.) przez zaniechanie ujawnienia i udostępnienia odwołującemu Systra zastrzeżonych przez wykonawcę Voessing jako tajemnica przedsiębiorstwa:

- a. wykazu personelu na potrzeby weryfikacji kryterium oceny ofert zgodnie z pkt. 19.7.2. IDW,
- b. wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego wraz z Informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informację o podstawie do dysponowania tymi osobami, udzielonego w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu,
- c. wykazu usług wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, złożonego w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu,
- d. dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, złożonych w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu,
- e. zobowiązań podmiotów trzecich do oddania wykonawcy do dyspozycji swoich zasobów, pomimo tego, że wykonawca nie wykazał, że w stosunku do zastrzeżonych Informacji zachodzą przesłanki uzasadniające ich zastrzeżenie jako tajemnica, a same Informacje nie posiadają cech pozwalających na ich zastrzeżenie;

i

Zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1933 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.J. Dz.U. z 2019 r. poi. 1010, ze zm.) przez zaniechanie ujawnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę TPF jako tajemnica przedsiębiorstwa;

- a) wykazu personelu na potrzeby weryfikacji kryterium oceny ofert zgodnie z pkt. 19.7.2. IDW

- na skutek ich uwzględnienia przez zamawiającego przy braku sprzeciwu ze strony przystępujących po stronie zamawiającego,

3. uwzględnia odwołanie w zakresie żądania odtajnienia pisma przystępującego TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Annopol 22 z dnia 27 lutego 2019r. wraz z załącznikami i nakazuje zamawiającemu odtajnienie tego pisma wraz z załącznikami za wyjątkiem danych osobowych zawartych w załącznikach na str. 36 pkt IV lit. a i b, str. 92 pkt IV, str. 102 pkt IV, str. 108 pkt. 15, str. 109-110 pkt 19

4. w pozostałym zakresie oddala odwołanie

4. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Annopol 22i:

4.1. zalicza na poczet postępowania odwoławczego kwotę **15 000zł. 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SYSTRA Spółka Akcyjna z siedzibą we Francji w Paryżu, 72-76 Rue Henry Farman 2. S.B. wspólnik spółki cywilnej Biuro Projektowo-Konsultingowe BPK Mosty S.B. i J.B. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Antoniego Wiwulskiego 12, 3. J.B. wspólnik spółki cywilnej Biuro Projektowo-Konsultingowe BPK Mosty S.B. i J.B. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Antoniego Wiwulskiego 12, 4. INFRARES Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Świętojerska 5/7 (adres do korespondencji SYSTRA SA Oddział w Polsce we Wrocławiu, ul. Komandorska 12) oraz wykonawcę TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Annopol 22 tytułem wpisów od odwołań.

4.2. zasądza od wykonawcy TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Annopol 22 na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SYSTRA Spółka Akcyjna z siedzibą we Francji w Paryżu, 72-76 Rue Henry Farman 2. S.B. wspólnik spółki cywilnej Biuro Projektowo-Konsultingowe BPK Mosty S.B. i J.B. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Antoniego Wiwulskiego 12, 3. J.B. wspólnik spółki cywilnej Biuro Projektowo-Konsultingowe BPK Mosty S.B. i J.B. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Antoniego Wiwulskiego 12, 4. INFRARES Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Świętojerska 5/7 (adres do korespondencji SYSTRA SA Oddział w Polsce we Wrocławiu, ul. Komandorska 12) oraz wykonawcę TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Annopol 22 kwotę **18 600zł. 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.1986) 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na opracowanie dokumentacji projektowych wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla projektu pn. „Prace w ciągu C-E 65 na odcinku Zduńska Wola-Inowrocław-Tczew” w podziale na 3 LCS zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 grudnia 2018r. za numerem 2018/S 238-544829.

W dniu 8 października 2019r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Voessing Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Grobla 17/5. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta wykonawcy TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Annopol 22, a na trzeciej pozycji wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SYSTRA Spółka Akcyjna z siedzibą we Francji w Paryżu, 72-76 Rue Henry Farman 2. S.B. wspólnik spółki cywilnej Biuro Projektowo-Konsultingowe BPK Mosty S.B. i J.B. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Antoniego Wiwulskiego 12, 3. J.B. wspólnik spółki cywilnej Biuro Projektowo-Konsultingowe BPK Mosty S.B. i J.B. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Antoniego Wiwulskiego 12, 4. INFRARES Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Świętojerska 5/7 (adres do korespondencji SYSTRA SA Oddział w Polsce we Wrocławiu, ul. Komandorska 12).

W dniu 18 października 2019r. odwołanie od wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechań wykluczenia wykonawców Voessing i TPF i zaniechania odtajnienia dokumentów wniosli wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SYSTRA Spółka Akcyjna z siedzibą we Francji w Paryżu, 72-76 Rue Henry Farman 2. S.B. wspólnik spółki cywilnej Biuro Projektowo-Konsultingowe BPK Mosty S.B. i J.B. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Antoniego Wiwulskiego 12, 3. J. B. wspólnik spółki cywilnej Biuro Projektowo-Konsultingowe BPK Mosty S.B. i J.B. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Antoniego Wiwulskiego 12, 4. INFRARES Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Świętojerska 5/7 – dalej odwołujący Systra. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego w imieniu Systra SA na podstawie pełnomocnictwa z dnia 22 lipca 2019r. udzielonego przez Prezesa zarządu Systra SA ujawnionego w wyciągu z Rejestru Handlowego i spółek z dnia 4 sierpnia 2019r. i działającego na podstawie statutu. Systra SA działa w imieniu pozostałych wykonawców na podstawie pełnomocnictw udzielonych przez obu wspólników spółki cywilnej w dniu 12 lutego 2019r. i przez Prezesa zarządu Infrares. Upoważnionego do samodzielnej reprezentacji spółki Infrares zgodnie z odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana

zamawiającemu w dniu 18 października 2019r.

Odwołujący Systra w celu wykazania przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy podniósł, że jego oferta uplasowała się w postępowaniu na 3. miejscu, jednakże czynności zamawiającego w zakresie badania i oceny ofert, które zajęły miejsca pierwsze i drugie uniemożliwiły odwołującemu Systra uzyskanie zamówienia i mogą prowadzić do poniesienia szkody. Analiza ofert wskazuje, że wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany z naruszeniem przepisów prawa. Co więcej, zamawiający zaniechał wykluczenia wykonawcy, który uplasował się na drugim miejscu. Powyższe oznacza, że to oferta odwołującego Systra powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu. W związku z tym, że odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, a czynności i zaniechania zamawiającego uniemożliwiły mu uzyskanie zamówienia, co może doprowadzić do poniesienia szkody, odwołującemu przysługuje prawo do złożenia niniejszego odwołania.

Dodatkowo zaniechanie ujawnienia znacznej części dokumentów z naruszeniem zasady jawności postępowania uniemożliwia odwołującemu pełen dostęp do dokumentacji i weryfikację decyzji zamawiającego, co również może wpływać na sytuację odwołującego w postępowaniu, w szczególności możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołujący Systra zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Voessing Polska Sp. z o.o. (ul. Grobla 17/5, 61-853 Poznań, dalej Voessing) z postępowania pomimo tego, że nie wykazał braku podstaw wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 pkt 14 oraz art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy;

ewentualnie

1a art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy Voessing do przedstawienia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 pkt 14 oraz art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy;

2. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy TPF z postępowania pomimo tego, że wykonawca TPF w wyniku zamierzonego działania lub przynajmniej rażącego niedbalstwa zataił informacje, te podlega wykluczeniu;

3. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy TPF z postępowania pomimo tego, że wykonawca TPF w wyniku niedbalstwa lub przynajmniej lekkomyślności przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia tj, wskazał, że nie zachodzą w stosunku do niego podstawy wykluczenia, podczas, gdy z dokumentacji postępowania wynika, że w dniu składania ofert okoliczności takie zachodziły, a wykonawca TPF był tego świadom;

4. art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy TPF pomimo tego, że w stosunku do tego wykonawcy zachodzi podstawa wykluczenia określona w tym

przepisie, a wykonawca nie wskazał jej w JEDZ i nie przedstawił Informacji, o której mowa w art. 24 ust. 8 ustawy z własnej Inicjatywy;

5. art. 24 ust. 9 ustawy przez uznanie za wystarczające dowodów przedstawionych na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy pomimo tego, że zostały one przedstawione na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, a nie z inicjatywy wykonawcy TPF,

6. art. 8 ust. 1 i 3 ustawy, w zw. i art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1933 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2019 r. poi. 1010, ze zm.) przez zaniechanie ujawnienia i udostępnienia odwołującemu Sysstra zastrzeżonych przez wykonawcę Voessing jako tajemnica przedsiębiorstwa:

a. wykazu personelu na potrzeby weryfikacji kryterium oceny ofert zgodnie z pkt. 19.7.2. IDW,

b. wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego wraz z Informacjami na temat Ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informację o podstawie do dysponowania tymi osobami, udzielonego w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu,

c. wykazu usług wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, złożonego w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu,

d. dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, złożonych w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu,

e. zobowiązań podmiotów trzecich do oddania wykonawcy do dyspozycji swoich zasobów, pomimo tego, że wykonawca nie wykazał, że w stosunku do zastrzeżonych Informacji zachodzą przesłanki uzasadniające ich zastrzeżenie jako tajemnica, a same Informacje nie posiadają cech pozwalających na ich zastrzeżenie;

7. art. 8 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1933 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2019 r. poi. 1010, ze zm.) przez zaniechanie ujawnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę TPF jako tajemnica przedsiębiorstwa;

a. wykazu personelu na potrzeby weryfikacji kryterium oceny ofert zgodnie z pkt. 19,7.2. IDW,

b. Samooczyszczenia złożonego na wezwanie zamawiającego z dnia 25 lutego 2019 r., pomimo tego, że wykonawca nie wykazał, że w stosunku do zastrzeżonych informacji zachodzą przesłanki uzasadniające ich zastrzeżenie jako tajemnica, a same informacje nie posiadają cech pozwalających na ich zastrzeżenie.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu;

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji wykluczenie wykonawców Voessing i TPF.
4. Ujawnienie i przekazanie dokumentów zastrzelonych przez wykonawców Voessing i TPF jako tajemnicy przedsiębiorstwa (w zakresie wskazanym w zarzutach)
5. Dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący Sysstra wskazał, że zgodnie z art, 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub składania ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Jedną z obligatoryjnych podstaw wykluczenia jest art. 24 ust. 1 pkt 14) ustawy, zgodnie z którym z postępowania wyklucza się wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 13.

W celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia zamawiający wymagał złożenia Informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art, 24 ust. 1 pkt 14, z wyłączeniem przesłanki zawartej w art. 24 ust. 1 pkt 13 d ustawy oraz w zakresie określonym w art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

W celu potwierdzenia spełniania warunku, wykonawca Voessing przedstawił informację o osobie z Krajowego Rejestru Karnego dla Pana M.N. w formie Wizualizacji dokumentu elektronicznego wygenerowanego przez system e-Platforma Ministerstwa Sprawiedliwości.

Dokument ten nie został przekazany w formie wymaganej przez rozporządzenie tj. w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczonej za zgodność z oryginałem podpisem elektronicznym. Z treści dokumentu wynika, że jest to „Dokument elektroniczny podpisany przez K.S.J., Ministerstwo Sprawiedliwości (wniosek 15892S2 z dnia 2019-06-26), jednakże poza taką informacją dokument ten nie jest podpisany podpisem elektronicznym.

Odwołujący Sysstra wskazał, że zgodnie z art. 20 ust. 3 ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1158, ze zm., dalej „ustawa KRK”): Informację o osobie oraz Informację o podmiocie zbiorowym doręczane za pośrednictwem systemu teleinformatycznego opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby upoważnionej do ich wydania.

W art. 21a ustawy KRK, wskazano, że: Minister Sprawiedliwości określi, w drodze rozporządzenia, tryb udzielania Informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych,

udzielanych za pośrednictwem systemu teleinformatycznego, mając na uwadze konieczność zapewnienia sprawnego udzielania Informacji oraz zabezpieczenia przed uzyskaniem danych z rejestru przez osoby nieuprawnione.

Na tej podstawie wydano Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 czerwca 2014 r. w sprawie trybu udzielania z Krajowego Rejestru Karnego informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych za pośrednictwem systemu teleinformatycznego (Dz. U. z 2014 r. poz. 841, ze zm.). Zgodnie z § 3 ust. 1 tego Rozporządzenia: Informacji z KRK oraz Informacji z rejestru karnego państwa obcego za pośrednictwem systemu teleinformatycznego udziela się przez elektroniczną platformę usług Ministerstwa Sprawiedliwości umożliwiającą złożenie zapytania lub wniosku, otrzymanie Informacji z KRK lub Informacji z rejestru karnego państwa obcego oraz składanie i doręczanie innych pism w postępowaniu toczącym się na podstawie zapytania lub wniosku, zwaną dalej „e-Platformę”.

Informacja z Krajowego Rejestru Karnego wydawana jest jako dokument elektroniczny w formacie XML opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

XML (za Wikipedią) - (ang. Extensible Markup Language, w wolnym tłumaczeniu Rozszerzalny Język Znaczników) - to uniwersalny język znaczników przeznaczony do reprezentowania różnych danych w strukturalizowany sposób. Jest niezależny od platformy, co umożliwia łatwą wymianą dokumentów pomiędzy heterogenicznymi (różnymi) systemami. Dokument XML nie precyzuje, w jaki sposób mają być wyświetlane zawarte w nim dane, dlatego próby otwierania go zakończą się wyświetleniem pliku tekstowego. Tekst ten jednak jest mało czytelny i znacznie wygodniejsze jest korzystanie z rozwiązań oferujących „wizualizację” danych, czyli wyświetlenie ich na ekranie komputera w postaci zawierającej formatowanie tekstu, pola, tabele itp., a więc znacznie przyjaźniejszej.

Również „e-Platforma” oferuje funkcjonalność „wizualizacji” KRK w formacie XML, dzięki czemu na ekranie komputera otrzymujemy widok wskazujący na zakres udzielonej Informacji. Nie jest jednak dopuszczalne „zwizualizowanie” dokumentu, a z wyświetlonego na ekranie podglądu zrobienie „printscreenu”, czyli zrzutu ekranu, który następnie zostanie zapisany jako plik graficzny i przedstawienie go jako oryginału. Dodatkowe potwierdzenie takiego stanowiska znajdziemy również na stronie głównej „e- Platformy”. Zawarto tam między innymi następującą informację: „Wydany dokument ma postać pliku XML, który można zapisać na Informatycznym nośniku danych (np. pamięć USB, płyta CD, DVD). Wizualizacja zaświadczenia możliwa jest przy wykorzystaniu funkcjonalności e-KRK. Wydruk nie jest dokumentem

Ponieważ taką właśnie wizualizację przedstawił zamawiający odwołującemu Systra, odwołujący przyjął, że w takiej formie dokumenty ten został przesłany do zamawiającego, W celu potwierdzenia spełniania warunku, wykonawca Voessing przedstawił również Informację o osobie z Krajowego Rejestru Karnego dla Pana K.F. w formie kopii poświadczonej za zgodność i oryginałem przez Panią O. C..

Jednakże walidacja podpisu elektronicznego Pani C., która miała potwierdzić dokument za zgodność z oryginałem jest negatywna. W tym miejscu odwołujący Systra zamieścił zrzut ekranu z informacją o walidacji podpisu, który jest nieczytelny.

Z informacji wygenerowanej w oprogramowaniu stosowanym do walidacji certyfikatów dostarczanych przez CERTUM, czyli dostawcę certyfikatu Pani C. wynika „Negatywna weryfikacja Integralności podpisu. (...) Prawdopodobnie dane zostały zmienione.

W związku z tym, przekazany dokument nie został złożony we właściwej formie, co powoduje, że nie może zostać uznany za dokumenty potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W zakresie wykluczenia wykonawcy TPF i powodu wprowadzenia zamawiającego w błąd odwołujący Systra przytoczył treść art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy. Wskazał, że wykonawca TPF nie ujawnił w JEDZ, że zachodzą w stosunku do niego podstawy wykluczenia określone w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy pomimo tego, że sam zamawiający rozwiązał z nim aż dwie umowy w sprawie zamówienia z powodu rażących opóźnień i zaniedbań tego wykonawcy.

Jak wynika z wyroku KIO z dnia 21 maja 2018 r. (KIO 900/18): Podmiot profesjonalny powinien bezwzględnie ujawnić w formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zmówienia (dalej JEDZ) swoją pełną sytuację faktyczną - prawną, skoro był świadomy treści zaświadczenia o zaległości płatności podatku. Okoliczność braku ostateczności decyzji organu podatkowego nie zwalniała odwołującego z obowiązku wypełnienia formularza JEDZ w oparciu o rzeczywisty stan rzeczy, a nie na podstawie przypuszczeń, co do interpretacji swojej sytuacji prawnej. (...)

Podobnie w obecnym stanie faktycznym, wykonawca TPF w JEDZ na pytanie: Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat:" udzielił odpowiedzi „NIE”. Odpowiedzi takiej udzielił pomimo tego, że jak wynika z pisma zamawiającego z dnia 25 lutego 2019 r., wykonawca ten miał świadomość, że Zamawiający odstąpił od realizacji aż dwóch kontraktów zawartych z tym wykonawcą z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Brak zawarcia takiej informacji w JEDZ nie może zostać oceniona jako odmienna ocena stanu faktycznego co do spełnienia się przestanki, czy inna klasyfikacja zachowania wykonawcy itp. W tym przypadku ewidentnym jest, że powodem odstąpienia były „rażące opóźnienia i zaniedbania wykonawcy TPF”, zatem doszło do niewykonania albo nienależytego wykonania w istotnym stopniu wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego co doprowadziło do rozwiązania umowy. Tak z resztą sytuacją tą ocenił sam zamawiający wzywając TPF do uzupełnienia samooczystczenia. Gdyby zamawiający uznał naruszenia za nie dość poważne, uznałby wprost, że podstawa wykluczenia nie zachodzi a samooczystczenie nie jest

konieczne.

W tym kontekście odwołujący Systra uznał, że niezależnie od oceny samej podstawy wykluczenia określonej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy, TPF podlega wykluczeniu z tego powodu, że wprowadził zamawiającego w błąd. Postępowanie TPF wyczerpuje w ocenie odwołującego Systra obie podstawy wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy.

Jak wynika z wyroku KIO z dnia 20 grudnia 2018 r. (KIO 2547/18) dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 nie ma znaczenia, czy zamawiający w konsekwencji przedstawienia danych informacji rzeczywiście dał się wprowadzić w błąd, przez co doprowadzony został do podjęcia danych decyzji, Ma tu zastosowanie to sama reguła, co w prawie karnym, tj., wyrażona w art. 14 par 1 Kodeksu karnego: sąd wymierza karę za usiłowanie w granicach zagrożenia przewidzianego dla danego przestępstwa.

Jak potwierdza orzecznictwo KIO nie ma przy tym znaczenia, czy Informacje to dotyczą faktów przez zamawiającego znanych, czy nie, gdyż przepis dotyczy nie skutku w postaci wprowadzenia w błąd lub nie (co leży w sferze wewnętrznej wykonawcy), ale przedstawiania takich informacji, które w błąd obiektywnie wprowadzić mają lub mogą.

W związku z tym w ocenie odwołującego Systra, w stosunku do wykonawcy TPF zachodzi podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy.

Niezależnie od tego, w stosunku do wykonawcy zachodzi również podstawa wykluczenia wskazana w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy.

Zgodnie z tym przepisem zamawiający wyklucza wykonawcę który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Zdaniem odwołującego Systra podstawa wykluczenia zaktualizowała się w stosunku do wykonawcy TPF. Pozostaje rozważanie kwestii czy w tej sytuacji zamawiający mógł wezwać wykonawcę do uzupełniania samooczyszczenia, w celu uwolnienia się od skutków w postaci wykluczenia. Jak podkreśla KIO w wyroku z dnia 16 czerwca 2018 r. (KIO 11/18): Termin przedstawienia przez wykonawcę dowodów na okoliczność jego rzetelności w ramach procedury "samooczyszczenia" skutki procesowe posiadania przez zamawiającego danych wykluczających stwierdzenie wprowadzenia go w błąd przez wykonawcę. (...) W świetle art. 24 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2017 r, poz. 1579 ze zm.) samooczyszczenie winno być dokonane najpóźniej wraz ze złożeniem dokumentu -Jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, czyli wraz z upływem terminu na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Późniejsze, następcze w wyniku wezwania zamawiającego, czy po podjęciu przez niego decyzji o wykluczeniu samooczyszczenie wykonawcy wypaczałoby sens tej Instytucji. Reasumując zacytować warto wyrok KIO z dnia 28 lutego 2018 r. (KIO 274/18): Istotą samooczyszczenia

Jest dobrowolna chęć naprawy szkody przez wykonawcę. Artykuł 24 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2017 r. poz., 1579 ze zm.) wskazuje, że z inicjatywą samooczyszczenia musi wystąpić wykonawca. Potwierdza to art. 24 ust 9 tej ustawy - wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8. Łączna interpretacja art. 24 ust. 8 i 9 ustawy prowadzi do wniosku, że to wykonawca ma wystąpić z Inicjatywą samooczyszczenia I przedstawić zamawiającemu dokumenty dające mu podstawę do odstąpienia od obowiązku wykluczenia tego wykonawcy. Procedura wskazana w art. 24 ust. 8 ustawy służy dobrowolnemu naprawieniu szkody - wykonawca winny wprowadzenia w błąd musi się do tego przyznać, zanim fakt ten uświadomi sobie zamawiający. W przeciwnym wypadku zastosowanie ma art, 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy. Przepis ten nie przewiduje możliwości zaoferowania wykonawcy drugiej szansy. Wykonawca powinien zatem: 1) poinformować o zdarzeniu zamawiającego, 2) wskazać jakie informacje są nieprawdziwe bądź nierzetelne, 3) wyjaśnić okoliczności w jakich doszło do ich przekazania zamawiającemu, 4) wskazać sposób w jaki na przyszłość wykonawca ma zamiar zabezpieczyć się przed powtórzeniem się tego rodzaju sytuacji, w tym ewentualnie poinformować czy i jakie konsekwencje służbowe wykonawca wyciągnął wobec odpowiedzialnych za wprowadzenie zamawiającego w błąd pracowników, 5) przekazać informacje rzetelne w miejsce nieprawidłowych.

W zakresie zaniechania ujawnienia I udostępnienia dokumentów odwołujący Systra podniósł, że Voessing przedstawił ogólnikowe wyjaśnienia, które jego zdaniem mają uzasadniać konieczność zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, Z wyjaśnień tych nie wynika żadna konkretna wartość gospodarcza zastrzeganych informacji, nie wskazano na czym miałyby polegać procedury zabezpieczające i jakie mają przełożenie na konkretne zastrzeżone informacje.

KIO w wyroku z dnia 6 lutego 2017 r. (KIO 102/17 I KIO 110/17 odnośnie wykazu osób kwestia argumentu podkupywania pracowników, jest pozbawiona podstaw art. 11 ust.4 w związku z art.1 I art.3 ust. 1 UZNK. To nie są informacje przedsiębiorstwa, ale osób współpracujących z przedsiębiorstwem o ich wykształceniu, kwalifikacjach i doświadczeniu zawodowym. Osobami tymi są uprawnieni Inżynierowie i geodeci, którzy nie są przedmiotem własności przedsiębiorstwa a informacje o nich można uzyskać czy to poprzez rejestry osób uprawnionych zarówno publikowanych w internecie jak również przez portale firm pośredniczących w poszukiwaniu uprawnionego personelu o wymaganych kwalifikacjach. Ponadto podmiotem na rzecz którego sporządzane są wykazy jest podmiotem publicznym wydającym środki publiczne. W związku z tym obowiązuje zasada jawności postępowania przewidziana art. 10 ustawy, która umożliwia kontrolę prowadzonych postępowań zarówno w trakcie ich przeprowadzania jak I po ich zakończeniu. Przede wszystkim dobro publiczne

zakazuje ochrony wykazu osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto argumentacja o utracie osoby współpracującej czy też wzrostu kosztów przedsiębiorcy nie może zabraniać innym wykonawcom nawiązywania kontaktów z osobami współpracującymi z innymi wykonawcami. Wymiana pracowników pomiędzy poszczególnymi wykonawcami umożliwia im stały rozwój i zdobywanie nowych doświadczeń zawodowych co przekłada się z korzyścią dla rynku na którym te osoby funkcjonują to jest rynku zamówień publicznych. Tym bardziej, że informacje o tych osobach są dostępne na szeroko rozumianym rynku usług. Rotacja w zatrudnieniu osób reprezentujących zwłaszcza wolne zawody wpisuje się podnoszenie poziomu świadczenia usług przez poszczególnych wykonawców funkcjonujących zwłaszcza na rynku usług pełnienia nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót jakie prowadzi zamawiający to jest modernizacji linii kolejowych oraz sygnalizacji w ramach modernizacji linii kolejowych.

Odwołujący Sysstra zwrócił uwagę, że ciężar wykazania skuteczności zastrzeżonych informacji spoczywa na wykonawcy, który takie informacje zastrzega. Wykazanie skuteczności zastrzeżenia musi nastąpić nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału i nie może ono budzić żadnych wątpliwości, Aby skutecznie wyjaśnić zastrzeżenie informacji, wykonawca musi wykazać łączne spełnienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, (tak KIO w wyroku z dnia 12 kwietnia 2019 r.; KIO 523/19)

Co więcej, jak wyjaśnia KIO w wyroku z dnia 13 lutego 2019 r. (KIO 185/19): Zgodnie z zasadą jawności obowiązującą w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z tym, iż ich oferty co do zasady będą jawne.

Nie jest dopuszczalne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do informacji, które zostaną ujawnione na późniejszym etapie udzielenia zamówienia np. po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej czy w chwili podpisania umowy. Tajemnica przedsiębiorstwa jest wartością, która chroniona jest przez przedsiębiorcę cały czas, a nie tylko na etapie od dnia złożenia oferty do jej wyboru czy podpisania umowy.

Mając na uwadze charakter zastrzeganych informacji oraz samą treść uzasadnienia dla tego zastrzeżenia, odwołujący Sysstra przypuszcza, że zastrzeżenie informacji miało na celu uniemożliwienie ich weryfikacji przez innych wykonawców a nie jak próbuje to wykazać wykonawca ochroną swoich interesów gospodarczych.

Co istotne zamawiający odtajnił część informacji zastrzeżonych przez wykonawcę uznając, że nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa, jednak zaniechał tego w stosunku do pozostałych, pomimo tego, że uzasadnienie dotyczyło wszystkich tych informacji, a co więcej istnieje związek pomiędzy odtajnionymi dokumentami (JEDZ podmiotów trzecich) a samym

uzasadnieniem, w którym wykonawcę z faktu polegania na zasobach podmiotów trzecich wywodzi konieczność zastrzeżenia tajemnicy.

Podobnie w przypadku wyjaśnień TPF, które są bardziej obszerne, jednak koncentrują się głównie na przytaczaniu orzecznictwa KIO, a nie na rzeczywistym wyjaśnieniu podstaw uzasadniających zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, Zastrzeżony przez wykonawcę wykaz i samooczyszczenie nie wypełniają przesłanek pozwalających na ich zastrzeżenie. Przede wszystkim sam wykaz osób, które zostaną następnie ujawnione nie stanowią informacji podlegającej ochronie. W zakresie samego samooczyszczenia odwołujący Systra nie zna samego uzasadnienia dla zastrzeżenia, jednakże charakter informacji sam w sobie nie pozwala na ich zastrzeżenie. Ewentualnym takim powodem mógłby być ujawnienie faktu rozwiązania konkretnych umów, ale ten został już ujawniony, w związku z tym wyjaśnienia i działania naprawcze wykonawcy podjęte w wyniku rozwiązania umów trudno uznać za informację techniczną technologiczną czy organizacyjną, którą należy chronić. Przeciwnie TPF powinno zależeć, żeby rynek dowiedział się o podjęciu działań naprawczych. Ujawnienie tych informacji może stanowić o przewadze konkurencyjnej a nie ich utajnienie. W zakresie wykazu osób sytuacja jest analogiczna do sytuacji wykonawcy Voessing, nie wykazano wartości gospodarczej informacji, a co za tym idzie doszło do nieuzasadnionego ograniczenia zasady jawności.

W dniu 21 października 2019r. zamawiający przekazał kopię odwołania wykonawcom.

W dniu 23 października 2019r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wskazując, że jego oferta jest najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu spośród ofert niepodlegających odrzuceniu i sam przystępujący złożył własne odwołanie, a przystępujący ma interes w tym, aby odwołanie zostało oddalone, zaś zamawiający nie naruszył przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa udzielonego w dniu 18 października 2019r. członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 23 października 2019r.

W dniu 23 października 2019r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Voessing Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu wnosząc o oddalenie odwołania z uwagi na bezzasadność zarzutów. Wskazał, że jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a ewentualne uwzględnienie odwołania mogłoby doprowadzić do unieważnienia czynności wyboru, czynności badania i oceny ofert, a także odtajnienia informacji zastrzeżonych przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, co dodatkowo naraża na szkodę przystępującego. Tym samym

uwzględnienie odwołania może uniemożliwić przystępującemu uzyskanie zamówienia. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 22 października 2019r. udzielonego przez prezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i przystępującemu w dniu 23 października 2019r.

W dniu 29 października 2019r. przystępujący Voessing przedstawił pisemne stanowisko, co do zarzutów dotyczących weryfikacji przez zamawiającego dokumentów Voessing dotyczących informacji z KRK dla M.N. i K.F.. W zakresie informacji z KRK dla M.N. zarzut odwołania opiera się wyłącznie na domysłach własnych odwołującego, których nie zweryfikował z rzeczywistym stanem faktycznym. Przystępujący Voessing zaprzeczył jakoby przekazał zamawiającemu wyłącznie wizualizację w pliku pdf dokumentu zaświadczenia o niekaralności. W dniu 26 września 2019r. przystępujący przekazał zamawiającemu plik dokumentów spakowanych zipem, który zawierał skompresowane foldery, w zakresie KRK, były to następujące pliki 2019.06.04_KRK_KF.pdf, 2019.06.04_KRK_Spółka.pdf, 2019.0627_KRK_MN.pdf, 2019.0627_KRK_MN_1530960.xml, 2019.0627_KRK_MN_1530960.xml.xades. Z tego w ocenie przystępującego Voessing wynika, że przekazał tak pliki xml, jak i plik z podpisem elektronicznym oraz wizualizację zaświadczenia w pliku pdf. W dniu 30 września 2019r. przystępujący Voessing przedstawił zamawiającemu dalsze dokumenty oraz ponownie wizualizację pdf. Walidacja poprawności podpisów za pośrednictwem weryfikatora SAWPE potwierdza zdaniem przystępującego Voessing zachowanie integralności badanych plików jak i tożsamość osoby składającej podpis elektroniczny – K.S.J. oraz datę złożenia podpisu. Certyfikat pracownika Ministerstwa Sprawiedliwości stracił ważność, był jednak ważny w dacie składania podpisu elektronicznego na zaświadczeniu z KRK. Być może zamawiający nie przedstawił odwołującemu wszystkich plików złożonych przez przystępującego Voessing, co może tłumaczyć genezę i źródło postawionych zarzutów. W zakresie informacji z KRK dla pana K.F., to przystępujący Voessing zaprzeczył, że wynik walidacji podpisu był negatywny. Przystępujący sprawdzał walidację przed wysłaniem plików zamawiającemu, a także ponownie w plikach przekazanych zamawiającemu i otrzymał wyniki pozytywne. Załączył zrzuty ekranów w Adobe Acrobat i proCentrum SmartSign. Nie ma wiedzy jakiego oprogramowania używa odwołujący, ani którą wersją programu proCentrum SmartSign odwołujący dysponuje, ani nie ma wiedzy czy w systemie komputerowym, w którym wykonano zrzuty zainstalowano wszystkie niezbędne certyfikaty, ale dokumenty przekazane przez przystępującego Voessing zostały prawidłowo podpisane elektronicznie

W dniu 29 października 2019r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której:

- Uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu pkt 2, 3, 4, 5;
- Uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu pkt 6;
- Uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu pkt 7;
- Wniósł o oddalenie odwołania w zakresie pkt 1 i 1a.

Zamawiający zobowiązał się do:

- Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- Podjęcia ponownej czynności badania i oceny ofert;
- Wykluczenia wykonawcy TPF Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp;
- Odtajnienia dokumentów Voessing Polska Sp. z o.o. (dalej: Voessing), tj.:
 - a) Załącznik nr 8 — Wykaz personelu na potrzeby weryfikacji kryterium oceny;
 - b) Zobowiązania do udostępnienia zasobów podmiotów trzecich;
 - c) Załącznik nr 6a — Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia — złożony w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2f Pzp,
 - d) Załącznik nr 6 - Wykaz zamówień wykonanych przez Wykonawcę - złożony w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2f Pzp.
- Odtajnienia dokumentów T PF Sp. z o.o., tj.:
 - a) Załącznik nr 8 - Wykaz personelu na potrzeby weryfikacji kryterium oceny;
 - b) Wyjaśnień w zakresie samooczyszczenia złożonych na wezwanie Zamawiającego z dnia 25 lutego 2019 r.

Zamawiający jednocześnie stanął na stanowisku, że zarzuty odwołania sformułowane w pkt 1 i 1a nie zasługują na uwzględnienie i winny zostać oddalone. Odnosząc się do zastrzeżeń odwołującego Systra związanych z przedstawieniem przez Voessing informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla p. M.N. i p. K.F. zamawiający wyjaśnił, że ww. zarzuty są wynikiem przekazania odwołującemu Systra dokumentów, które zostały przez zamawiającego samodzielnie zanonimizowane. Anonimizacja, która de facto stanowiła ingerencję w dokument złożony przez Voessing spowodowała prawdopodobnie „utratę” właściwości kwalifikowanych podpisów elektronicznych dających możliwość ich prawidłowych odczytów.

Dodatkowo w przypadku zaświadczenia o niekaralności dla p. N. zamawiający otrzymał dokument w postaci pliku XML który można zwizualizować włącznie za pomocą strony Eplatformy MS - otrzymana wizualizacja uniemożliwia dokonanie anonimizacji danych bez przetworzenia dokumentu na dokument tekstowy, co w konsekwencji powoduje, że przekazanie konkurentom pliku zawierającym prawidłowe podpisy nie jest z przyczyn technicznych możliwe.

Zamawiający wskazał, że jest w posiadaniu wyników walidacji potwierdzających, że oba dokumenty zostały podpisane w sposób prawidłowy.

Zamawiający bezpośrednio na rozprawie przedłożył stosowne dowody potwierdzające ww.

okoliczności.

Odwołujący Systra w dniu 30 października 2019r. cofnął zarzuty w części nieuwzględnionej przez zamawiającego i wniósł o umorzenie postępowania w przypadku braku sprzeciwów.

Przystępujący TPF wniósł sprzeciw w zakresie zarzutów naruszenia przez zamawiającego :

- art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy TPF z postępowania pomimo tego, że wykonawca TPF w wyniku zamierzonego działania lub przynajmniej rażącego niedbalstwa zataił informacje, te podlega wykluczeniu;

- art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy TPF z postępowania pomimo tego, że wykonawca TPF w wyniku niedbalstwa lub przynajmniej lekkomyślności przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia tj., wskazał, że nie zachodzą w stosunku do niego podstawy wykluczenia, podczas, gdy z dokumentacji postępowania wynika, że w dniu składania ofert okoliczności takie zachodziły, a wykonawca TPF był tego świadom;

- art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy TPF pomimo tego, że w stosunku do tego wykonawcy zachodzi podstawa wykluczenia określona w tym przepisie, a wykonawca nie wskazał jej w JEDZ i nie przedstawił informacji, o której mowa w art. 24 ust. 8 ustawy z własnej inicjatywy;

- art. 24 ust. 9 ustawy przez uznanie za wystarczające dowodów przedstawionych na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy pomimo tego, że zostały one przedstawione na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, a nie z inicjatywy wykonawcy TPF,

- art. 8 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1933 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1010, ze zm.) przez zaniechanie ujawnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę TPF jako tajemnica przedsiębiorstwa;

- Samoocyszczenia złożonego na wezwanie zamawiającego z dnia 25 lutego 2019 r., pomimo tego, że wykonawca nie wykazał, że w stosunku do zastrzeżonych informacji zachodzą przesłanki uzasadniające ich zastrzeżenie jako tajemnica, a same informacje nie posiadają cech pozwalających na ich zastrzeżenie. Złożył pismo procesowe, w którym wskazał, że zarzuty dotyczące naruszenia przepisów art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 są zarzutami ewentualnymi gdyby zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy został uwzględniony. Co do zarzutu naruszenia przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy, to odwołujący wskazał na brak podstawy faktycznej tego zarzutu. Podniósł, że odwołujący wykazał jedynie fakt rozwiązania umów z przystępującym TPF, ale nie wykazał ani zawinienia przystępującego w rozwiązaniu umowy, ani że rozwiązanie dotyczyło istotnej części umowy. Jedyne dowód na jakim oparł się

odwołujący to pismo zamawiającego z dnia 25 lutego 2019r. bez wykazania zakresu umownego, wzajemnych stanowisk stron umowy, wykonanego zakresu oraz zakresu od którego strony odstąpiły. Wskazał, że w piśmie z dnia 25 lutego 2019r. jest mowa o opóźnieniach, a ten termin odnosi się do niezawinionego niezachowania terminu i zaniedbaniach, ale bez wskazania na ich charakter i znaczenie. Tym samym przystępujący TPF uznał, że odwołujący nie wykazał jego winy. Nie wykazał również w ocenie przystępującego TPF związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy rozwiązaniem umów, a ewentualną winą przystępującego. Brak tych dowodów w ocenie przystępującego uniemożliwia stwierdzenie, że wobec przystępującego zachodzą przesłanki wykluczenia. Przystępujący powołał się na wyrok z dnia 6 sierpnia 2018r. sygn. akt KIO 1435/18 i KIO 1440/18. Wskazał, jako tajemnicę przedsiębiorstwa przyczyny, dla których umowy zostały rozwiązane. Podkreślił, że wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy może nastąpić jedynie w przypadku obiektywnego ustalenia, że wszystkie przesłanki wskazane w tym przepisie wystąpiły, natomiast w przedmiotowej sprawie istnieje pomiędzy stronami umów spór co do powodów i sposobu ich rozwiązania. Powołał orzecznictwo Izby: wyrok z dnia 14 czerwca 2019 sygn. akt KIO 988/19, z dnia 26 marca 2018r. sygn. akt KIO 454/18, z dnia 23 marca 2018r. sygn. akt KIO 434/18, z dnia 21 marca 2018r. sygn. akt KIO 422/18 i wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8 marca 2019r. sygn. akt II Ca 147/19. W ocenie przystępującego, skoro nie wykazano wszystkich przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy, to złożenie oświadczenia NIE w JEDZu przez przystępującego TPF było słuszne. Pytanie JEDZ nie dotyczy jakiegokolwiek rozwiązania umowy przed terminem, ale takiego jak wskazane w przesłankach ustawowych. JEDZ nie kreuje nowych przesłanek wykluczenia. Nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 9 ustawy, gdyż nie miał on zastosowania do przystępującego TPF, skoro nie podlegał on wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy. Powołał wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2018r sygn. akt KIO 2400/18. Podniósł, że Systra nie ma interesu w podnoszeniu tego zarzutu, gdyż znajduje się w takim samym stanie faktycznym jak przystępujący TPF, gdyż z Systrą także ZDiT w Łodzi kiedyś rozwiązał umowę z przyczyn leżących po jej stronie, a w JEDZ również oświadczyła NIE.

Odwołujący wnosząc o uwzględnienie odwołania w zakresie zgłoszonego sprzeciwu złożył pisemne stanowisko wskazując, że przystępujący TPF nie ujawnił w JEDZu, że podlega wykluczeniu na podstawie art. 25 ust. 5 pkt 4 ustawy, a takie ujawnienie było konieczne, co potwierdza orzecznictwo Izby: z dnia 8 sierpnia 2019r. sygn. akt KIO 1428/19, z dnia 14 sierpnia 2018r. sygn. akt KIO 1102/18, z dnia 13 lutego 2019r sygn. akt KIO 185/19, z dnia 22 września 2017r. sygn. akt KIO 1851/17 z dnia 19 sierpnia 2017r. sygn. akt KIO 1338/17. Przystępujący TPF zdaniem odwołującego nie złożył skutecznego samooczyszczenia, skoro nie ujawnił w JEDZ, że podlega wykluczeniu. Samooczyszczenie złożył dopiero na wezwanie

zamawiającego, a nie wraz z JEDZem, mimo że umowy zostały rozwiązane w 2017r. i przystępujący TPF miał tego świadomość. Taka postawa przystępującego TPF w ocenie odwołującego to co najmniej rażące niedbalstwo. Zdaniem odwołującego złożenie samooczyszczenia świadczy o przyznaniu istnienia przesłanki wykluczenia z art. 25 ust. 5 pkt 4 ustawy. Powołał wyrok z dnia 2 maja 2018r. sygn. akt KIO 596/18. Podkreślił, że zamawiający nie wzywał do wyjaśnień, ale stwierdził, że zachodzi wobec przystępującego TPF przesłanka wykluczenia i ta ocena była znana przystępującemu TPF. Powołał wyrok z dnia 27 marca 2018 r. sygn. akt KIO 444/18. Podniósł, że obie umowy dotyczyły nadzorów autorskich nad dokumentacją projektową wykonaną przez inne niż przystępujący podmioty i wiązały się z pobytami na terenie budowy i bieżącym nadzorowaniem zgodności wykonywanych robót z dokumentacją. W takiej sytuacji poświęcony czas i zaangażowanie bywa większe niż w przypadku nadzoru nad wykonanie własnej dokumentacji. W ocenie odwołującego rozwiązanie umowy w przypadku braku jej prawidłowego wykonania obciąża wykonawcę i wykonawca ma tego świadomość. Odnosząc się do zarzutów dotyczących naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy odwołujący podniósł, że obecne brzmienie tych przepisów nie wymaga rzeczywistego wpływu nieprawdziwej informacji na wynik postępowania wystarczająca jest możliwość takiego wpływu. Powołał tak w zakresie oceny stopnia winy jak i podwyższonego miernika staranności oraz istotnego wpływu na wynik postępowania następujące orzeczenia Izby: z dnia 26 czerwca 2019r. sygn. akt 1036/19, z dnia 6 maja 2019r. sygn. akt KIO 682/19, z dnia 1 lutego 2019r. sygn. akt KIO 45/19, z 20 marca 2017r sygn. akt KIO 382/17, z dnia 8 sierpnia 2019r sygn. akt KIO 148/19, z dnia 22 stycznia 2019r sygn. akt KIO 2608/18, z dnia 20 marca 2019r. sygn. akt KIO 410/19, z dnia 8 października 2018r sygn. akt KIO 1890/18, z dnia 5 lutego 2019r sygn. akt KIO 82/19, z dnia 31 lipca 2019 r sygn. akt KIO 1401/19, z dnia 13 sierpnia 2019r sygn. akt KIO 1478/19 i z 13 lutego 2018 sygn. akt KIO 185/19 oraz sygn. akt KIO 2641/18.

Przystępujący Voessing nie wniósł sprzeciwu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz wraz z załącznikami, modyfikacji siwz i udzielonych wyjaśnień, ofert Voessing i TPF, wezwań w trybie art. 26 ust. 1 ustawy skierowanych do Voessing, udzielonej odpowiedzi, pisma zamawiającego do TPF z dnia 25 lutego 2019r. i udzielonej odpowiedzi.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

8. Warunki, jakie muszą spełniać wykonawcy

8.1. W Postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, wobec których brak jest podstaw do wykluczenia z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12-23 Ustawy z wyłączeniem

przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d i pkt 14 Ustawy w zakresie przestępstwa określonego w art. 24 ust. 1 pkt. 13 lit. d Ustawy (przesłanki wykluczenia obligatoryjne) oraz w art. 24 ust. 5 pkt 1, 4, 5 i 6 Ustawy (przesłanki wykluczenia fakultatywne) oraz spełniający warunki udziału w Postępowaniu, określone w pkt 8.2 i 8.6 IDW.

8.7. Z postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający wykluczy Wykonawcę, wobec którego zachodzi którakolwiek przesłanka określona:

- w art. 24 ust.1 pkt 12-23 Ustawy z wyłączeniem przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d) i pkt 14 w zakresie przestępstwa określonego w art. 24 ust. 1 pkt. 13 lit. d) Ustawy oraz

- w art. 24 ust. 5 pkt 1, 4, 5 i 6 Ustawy.

9.1. W celu wstępnego wykazania, że brak jest podstaw do wykluczenia z Postępowania oraz potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, każdy z Wykonawców zobowiązany jest złożyć Jednolity Dokument, którego wzór stanowi Załącznik nr 5 do IDW.

W celu wstępnego potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu Wykonawca ograniczy się do ogólnego oświadczenia dotyczącego wszystkich kryteriów kwalifikacji poprzez wypełnienie sekcji α w części IV i nie musi wypełniać żadnej z pozostałych sekcji w części IV Jednolitego Dokumentu.

Tajemnica przedsiębiorstwa

14.3.1. Wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, może zastrzec w Formularzu Ofertowym, którego wzór stanowi Załącznik nr 1 do IDW, iż Zamawiający nie będzie mógł ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: „tajemnica przedsiębiorstwa”).

14.3.2. Wszelkie informacje zastrzeżone przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa powinny zostać wyodrębnione do osobnego pliku w formacie .pdf, który powinien zostać opatrzony nazwą TAJEMNICA_Oferta_[numer referencyjny postępowania], a następnie wraz z pozostałymi dokumentami - stanowiącymi część jawną - skompresowane do jednego wspólnego pliku archiwum (.zip) zgodnie z pkt.14.2.3 IDW. Zastosowanie mają odpowiednio zapisy pkt 14.2.9 IDW. Wykonawca jest zobowiązany dołączyć do oferty uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa

14.3.3. W przypadku, gdy Wykonawca nie zastosuje się do zapisów pkt 14.3.1 – 14.3.2 w zakresie dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, Zamawiający nie będzie ponosił odpowiedzialności w przypadku ujawnienia informacji w nich zawartych, np. podczas dokonywania wglądu do ofert przez osoby trzecie.

14.3.4. Wykonawca nie może zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa następujących informacji: nazwy i adresu, informacji dotyczących ceny, terminu wykonania Zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofercie.

14.3.5. Zamawiający nie ujawni informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy wskazanych przez Wykonawcę w pkt. 10a i 10 b Formularza ofertowego (załącznik nr 1 do IDW) stosownie do postanowień 14.3.1 IDW, o ile Wykonawca wykaże, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

14.3.6. Uzasadnienie podstawy zastrzeżenia informacji musi odpowiadać na następujące pytania:

1. Czy zastrzeżone informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób?
2. Jakie informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne, które Wykonawca uznaje za tajemnicę przedsiębiorstwa zawarte są w zastrzeżonych informacjach?
3. Czy i ewentualnie jaką wartość gospodarczą posiadają powyższe informacje?
4. Jakie niezbędne działania - przy zachowaniu należytej staranności - zostały przez Wykonawcę podjęte w celu zachowania poufności danych objętych tymi informacjami?

W ofercie TPF wskazał, że tajemnicę jego przedsiębiorstwa stanowią zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby oraz kryteria pozacenowe.

W JEDZu w cz. III lit. C w pkt - Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową ?, TPF złożył oświadczenie „NIE”.

W wyjaśnieniach podstaw zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa TPF wskazał, że jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzega:

1. Wykaz osób
2. Wykaz Wykonanych zamówień oraz dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie w zakresie: Publiczne udostępnione Wskazał na definicję tajemnicy w przepisie art. 11 ust. 4 uznk przytaczając nieobowiązującą już treść tego przepisu. Wskazał jakie elementy należy wykazać przy zastrzeganiu tajemnicy. Wskazał, że przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł, wzorów i metod działania. Z kolei informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacjami organizacyjnymi są natomiast dane używane w bieżącej działalności przedsiębiorstwa, takie np. jak struktura organizacyjna, procedury organizacyjne, procedury zdalnego dostępu, numery telefonów wewnętrznych, kody księgowo, systemy przetwarzania informacji, instrukcje i procedury bezpieczeństwa. Ze względu

na indywidualny charakter informacji mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest możliwe ich wyczerpujące wyliczenie.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazano, że informacja staje się "tajemnicą", kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Nie traci natomiast swojego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji (np. pracownicy przedsiębiorstwa). Pozostanie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga, aby przedsiębiorca podjął działania zmierzające do wyeliminowania możliwości ich dotarcia do osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań. (por. np. orzec. SN - Izba Cywilna z 6.06.2003, IV CKN 211/01; orzec. SN z dnia 3.10.2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz. 59 oraz orzec. SN z dnia 5.09.2001 r., I CKN 1159/00, OSNC 2002, nr 5, poz. 67). „Art. 11 ust. 1 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - istnienie zasięgu stanu tajemnicy - uzależnia od podjęcia przez przedsiębiorcę określonych działań zmierzających do zachowania poufności objętych nią danych. Działania te - jak trafnie podnosi się w literaturze przedmiotu - powinny zmierzać do osiągnięcia takiego stanu, w którym osoby trzecie chcąc zapoznać się z treścią informacji, muszą doprowadzić do wyeliminowania przyjętych przez przedsiębiorcę mechanizmów zabezpieczających przed niekontrolowanym wpływem danych. Wybór informacji mających zostać objętymi poufnością należy oczywiście do przedsiębiorcy. Jednakże wybór ten, co do zakresu stanu tajemnicy, nie może być oderwany od możliwości podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania w poufności wybranych informacji (art. 11 ust. 4 ustawy)”. (Zob. Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z 2001-09-05, I CKN 1159/00, opubl: OSNC 2002, Nr 5, poz. 67).

Odnosnie warunku trzeciego, należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

Ad. 1 - Wykaz osób Przedmiotowe dokumenty zawierają informacje organizacyjne i handlowe przedsiębiorstwa, tj. mające istotną wartość gospodarczą. Dane w nim zamieszczone stanowią krytyczną i niezwykle ważną wartość dla TPF. Mając na uwadze specyfikę rynku, charakteryzującą się szybkim tempem rozwoju, a co za tym idzie koniecznością dysponowania wykwalifikowaną kadrą specjalistów, informacje o kwalifikacjach, jak również potencjale kadrowym wykonawcy, mają znaczenie gospodarcze. Dla podmiotów świadczących usługi na rynku o sile firmy przesądzają przede wszystkim ludzie. Na rynku poszukiwani i cenieni są wysokiej klasy specjaliści, co powoduje konieczność zabezpieczania się firm przed dostępem do danych o jej zasobach kadrowych. Na tej podstawie informacje dotyczące kluczowych specjalistów, podlegają ochronie przed ich ujawnieniem dla konkurentów, którzy na przykład mogliby próbować pozyskać ich dla własnych potrzeb i prowadzonej działalności. Odnosząc się z kolei

do kwestii działań podejmowanych w celu zachowania poufności w/w informacji TPF stwierdził, że informacje te nie są jako całość ujawnione do wiadomości publicznej (nie są znane ogółowi). Takie informacje mieszczą się w pojęciu "tajemnicy", ponieważ TPF ma wolę, by pozostały one tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób jest rozpoznawalna. Żaden przedsiębiorca (konkurent) nie może dowiedzieć się o ich treści zwykłą drogą. Wiedzą na temat tych informacji dysponuje jedynie pewien ograniczony krąg osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy lub inne osoby, które zostały zobowiązane do zachowania poufności. Ponadto TPF wskazał, że zasadność zastrzeżenia wykazu osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa potwierdza znane nam orzecznictwo. Wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa – np. wyrok ZA o sygnaturze UZP/ZO/0-55/07, Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku o sygn. V Ca 421/07, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku 13 maja 2010 roku, sygnatura akt KIO/UZP 667/10, w wyroku z dnia 30 lipca 2010 roku (KIO 1498/10), Powołał niektóre wypowiedzi orzeczniczych:

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 września 2010 r. KIO/UZP 1857/10

- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 30 lipca 2010 r. KIO/UZP 1498/10

- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 10 stycznia 2013 r. sygn. akt: KIO 2874/12

Wszystkie informacje zawarte w wykazie osób - dotyczące personaliów, powiązań TPF, w tym na temat kwalifikacji zawodowych i doświadczenia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Spełniają one bowiem wszystkie przesłanki definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż mają one charakter informacji organizacyjnych i handlowych przedsiębiorstwa, tj. mające istotną wartość gospodarczą, nie były wcześniej ujawniane do wiadomości publicznej i zostały co do tych informacji podjęte niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Reasumując – w niniejszym tajemnicę przedsiębiorstwa uzasadniają zarówno zobowiązanie do jej zachowania przez podmiot trzeci, jak i relacje zachodzące pomiędzy TPF, a podmiotem udostępniającym zasoby podlegają ochronie, bowiem:

1. Wymagania względem potencjału kadrowego, polegające na wykazaniu dużego doświadczenia zawodowego i kwalifikacji jest unikatowe i świadczy o przewadze konkurencyjne TPF;
2. Unikatowość w/w potencjału kadrowego czyni je na rynku cennym, wyjątkowym i poszukiwanym przez inne podmioty – co uzasadnia fakt ochrony zastrzeżonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa;

3. Potencjał o tak unikatowym charakterze – w razie jego rozpoznania przez konkurencję Wykonawcy w niniejszym postępowaniu – pozwoliłby jej na podjęcie wiedzy co do zakresu potencjału jakim osobiście dysponuje TPF, co mogłoby negatywnie wpłynąć na pozycję konkurencyjną i mogłoby być wykorzystywane przez konkurencję w szczególności na rynku zamówień publicznych.

Ad. 2. Wykaz Wykonanych zamówień oraz dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie w zakresie: Publiczne udostępnione

W Wykazie znajdować się będą zamówienia zrealizowane dla podmiotów tzw. publicznych, jednak udostępnione TPF przez podmiot udostępniający zasoby. Zawarte w w/w pozycjach Wykazu informacje dotyczą zamówień wykonanych przez TPF GETINSA EUROESTUDIOS S.L. - podmiot udostępniający TPF zasoby niezbędne do wykonania zamówienia (wiedzę i doświadczenie).

TPF podniósł, że zobowiązany został przez w/w do nieujawniania informacji dotyczących faktu współpracy w ramach powołanego zamówienia z TPF (zobowiązanie to zostało zawarte w treści zobowiązania do udostępnienia zasobów).

Zobowiązanie podmiotu trzeciego nałożone na TPF dotyczy też informacji wszelkich informacji i dokumentów udostępnionych przez ten podmiot.

Wyjaśnił, że obydwie w/w zakresy (zarówno fakt współpracy jak i szczegółowe informacje związane z udostępnionym zasobem) muszą być zatem chronione przez TPF pod rygorem odpowiedzialności za niewywiązanie się z zobowiązania. Udostępnienie TPF w/w zasobów warunkowane było utrzymaniem wskazanych informacji w tajemnicy, tym samym informacje te mają dla TPF istotną wartość gospodarczą.

Ani w Prawie zamówień publicznych, ani w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie została sformułowana zasada, zgodnie z którą nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa i być zastrzeżone w trybie art. 8 ust. 3 pzp informacje dotyczące zamówień wykonanych na rzecz podmiotów publicznych, jeśli zamówienia te zostały wykonane przez podmiot trzeci, udostępniający wykonawcy swoją wiedzę i doświadczenie. Istotnie, w ustawie – Prawo zamówień publicznych, sformułowana została zasada jawności, lecz ten sam przepis, który ją formułuje (art. 8 ust. 1 pzp) formułuje też możliwość zastrzeżenia przez wykonawcę określonej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jeśli dana informacja spełnia wszystkie przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, określone w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zasada jawności postępowania nie może być zatem rozpatrywana z pominięciem obowiązku objęcia danej informacji tajemnicą, jeśli zostały spełnione ku temu wszystkie przesłanki. W informacjach zawartych w ww. pozycjach wykazu oraz w dokumentach potwierdzających należyte ich wykonanie wymienione zostały nazwy (firmy) i adresy kontrahentów (odbiorców), przedmiot danej usługi lub dostawy, wartość całkowita usługi lub dostawy oraz terminy ich wykonywania, parametry i dane techniczne, sposoby rozwiązań. Informacje te nie tylko nie są

ujawnione do wiadomości publicznej, a ponadto wykonawca podjął co do nich działania w celu zachowania ich poufności. Dostęp do ww. informacji ma ograniczony krąg pracowników wykonawcy i nie zostały one ujawnione podmiotom zewnętrznym. Takie informacje mieszczą się w pojęciu "tajemnicy przedsiębiorstwa", ponieważ wykonawca ma wolę, by pozostały one tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób jest rozpoznawalna. Żaden przedsiębiorca (konkurent) nie może dowiedzieć się o ich treści zwykłą drogą. Stanowisko to jest również wyrażane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

W powołanym przypadku tajemnicą przedsiębiorstwa jest nie sam fakt wykonania przez podmiot udostępniający określonego zamówienia (ponieważ ta informacja faktycznie sama w sobie nie stanowi tajemnicy), lecz fakt korzystania przez wykonawcę z wiedzy i doświadczenia konkretnego podmiotu – czyli podjęcia z nim współpracy przy wykonaniu tego konkretnego zamówienia.

Ujawnienie wykazu wykonanych zamówień byłoby jednoznaczne z ujawnieniem faktu korzystania przez podmiot trzeci z wiedzy i doświadczenia tego podmiotu, ponieważ uzyskując wiedzę na temat wykazanego zamówienia można w sposób niebudzący wątpliwości stwierdzić, jaki podmiot udostępnił wykonawcy zasoby. Informacja ta stanowi informację o źródle zaopatrzenia wykonawcy, co podkreślił skład orzekający KIO w wyroku z dnia 21 czerwca 2011 r., sygn. KIO 1195/11. Podobnie wynika z orzeczenia Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 czerwca 2006 r. (sygn. akt V Ca 440/06), a także Izba w wyroku z dnia 8 sierpnia 2013 r., sygn. KIO 1780/13.

Wskazał, że w niniejszym przypadku relacje zachodzące pomiędzy TPF, a podmiotem udostępniającym zasoby podlegają ochronie, bowiem:

1. Doświadczenie spełniające wszystkie elementy warunki, tj. zawierające doświadczenie wykonywaniu dokumentacji i do tego w związku z wymaganiami iż musiało ono zostać nabyte w okresie ostatnich 3 lat przed ogłoszeniem postępowania jest na tyle unikatowe, że nawet Wykonawca, mający duże doświadczenie z realizacją tego typu zamówień, zmuszony był skorzystać z dobrodziejstwa art. 26 ust. 2 b) Ustawy – by wylegitymować się aktualnym doświadczeniem o takim zakresie.
2. Unikatowość w/w doświadczenia czyni je na rynku cennym, wyjątkowym i poszukiwanym przez inne podmioty – co uzasadnia fakt ochrony zastrzeżonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.
3. Potencjał o tak unikatowym charakterze – w razie jego rozpoznania przez konkurencję Wykonawcy w niniejszym postępowaniu – pozwoliłby jej na podjęcie wiedzy co zakresu doświadczenia – co w przyszłości mogłoby skutkować
4. Potwierdzeniem powyższego jest również wspomniane wyżej zobowiązanie do zachowania w tajemnicy okoliczności współpracy TPF z tym Podmiotem oraz informacji o jego wiedzy i doświadczeniu.

W orzecznictwie KIO podkreśla się zatem, że informacje dotyczące zamówień wykonanych przez podmiot udostępniający zasoby nie mogą być automatycznie uznawane za tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ zasadą obowiązującą w procedurze zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania. Jednocześnie jednak Izba podkreśla, iż każdy przypadek zamawiający ma obowiązek badać indywidualnie. Zasadność objęcia ochroną informacji o współpracy z określonym podmiotem (udostępnieniu zasobów) jest przez Krajową Izbę Odwoławczą potwierdzana w przypadku spełnienia przesłanki „nieujawnienia do wiadomości publicznej” i „podjęcia działań w celu zachowania poufności”. Dla przykładu powołał wyroki: z dnia 28 lutego 2014 r., sygn. KIO 245/14, z dnia 29 maja 2013 r., sygn. KIO 1143/13. Podobnie możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji o zamówieniach wykonanych na rzecz podmiotów publicznych przez podmiot udostępniający wykonawcy wiedzę i doświadczenie potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 kwietnia 2014 r., sygn. KIO 586/14. Skoro ochronie może podlegać fakt współpracy wykonawcy z określonym podmiotem, to w konsekwencji ochronie powinny podlegać także wszystkie informacje umożliwiające identyfikację tego podmiotu. Ujawnienie danych dotyczących zamówień wykonanych przez podmiot trzeci (nazw usług, odbiorców, na rzecz których zostały wykonane) ze względu na jawność umów wykonanych w trybie zamówień publicznych w prosty sposób umożliwia identyfikację podmiotu, który je wykonał, a tym samym – który udostępnił wykonawcy zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia. Tym samym ujawnienie danych dotyczących tych zamówień jest jednoznaczne z odmową ochrony informacji o podmiocie, który udostępnił wykonawcy zasoby. W przypadku wykazu załączonego do pisma, jak wskazano wyżej, udostępnienie zasobów wykonawcy było uzależnione od objęcia tych informacji poufnością, co zostało wyrażone wprost w treści zobowiązania do udostępnienia zasobów. Tym samym zastrzeżenie w tym zakresie znajduje uzasadnienie, informacje zawarte w wykazie powinny być zatem objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

TPF wyjaśnił, iż u niego obowiązują następujące zasady ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa:

- klauzule poufności w umowach z pracownikami i osobami współpracującymi,
- klauzule poufności w umowach handlowych, obejmujące zarówno kontrahenta, jak i pracowników oraz osoby współpracujące z kontrahentem.
- Wymagania systemów Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji PN-ISO/IEC 27001:2007 oraz wymagania systemu zarządzania jakością PN – EN ISO 9001:2009 .

TPF także wskazał, iż Europejski Trybunał Sprawiedliwości uznał ochronę tajemnicy handlowej za ogólną zasadę (wyrok z dnia 24 czerwca 1986 r. w sprawie 53/85 AKZO Chemie i AKZO Chemie UK przeciwko Komisji Rec., str. 1965, pkt 28 oraz wyrok z dnia 19 maja 1994 r. w sprawie C36/92 P SEP przeciwko Komisji, Rec. Str. I-1911, pkt 37). Nieujawnienie zatem informacji, stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa, która została przez wykonawcę zastrzeżona

w ofercie, nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, a wręcz przeciwnie - stanowi wyraz ochrony uprawnionych interesów podmiotów gospodarczych uczestniczących w postępowaniu przetargowym.

W dniu 25 lutego 2019r. zamawiający w piśmie do TPF stwierdził, że wobec tego wykonawcy zachodzi przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy, gdyż zamawiający w dniu 24 marca 2017 udzielił TPF zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego w ramach projektu pn. „Prace na linii kolejowej E 59 na odcinku Wrocław – Poznań Etap IV, odcinek granica województwa dolnośląskiego – Czempin (CEF)” oraz w dniu 19 maja 2017 zawarł z TPF umowę na pełnienie nadzoru autorskiego w ramach projektu pn. Prace na linii kolejowej 20 odcinku Warszawa – Poznań – pozostałe roboty, odcinek Sochaczew – Swarzędz” Z uwagi na rażące opóźnienia i zaniedbania TPF w wykonaniu obowiązków wynikających z zawartych umów zamawiający złożył oświadczenia o odstąpieniu od realizacji tych kontraktów na następujących terminach 8 listopada 2017 dla pierwszej z umów i 21 grudnia 2017r. dla drugiej w obu w części niewykonanej ze skutkiem ex nunc. Zamawiający w trybie art. 24 ust. 8 wezwał TPF do przedstawienia w przedmiotowym zakresie wyjaśnień oraz dowodów, że podjął środki wystarczające do wykazania swojej rzetelności, w sytuacji, gdy zaistniały podstawy do jego wykluczenia, jak również iż podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe dla zapobiegania takiej sytuacji w przyszłości.

W dniu 27 lutego 2019r. TPF złożył wyjaśnienia wraz z dowodami, które odpowiadały treści oświadczenia złożonego w JEDZ, które objął w całości tajemnicą przedsiębiorstwa i załączył także wyjaśnienie powodów objęcia pisma z dnia 27 lutego 2019r. tajemnicą przedsiębiorstwa i uzasadnił dopuszczalność zastrzeżenia tajemnicy w świetle art. 8 ust. 3 ustawy również oznaczając tę część pisma jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba ustaliła, że z porównania pism o odstąpieniu przez zamawiającego od każdej z umów i stanowiska przystępującego TPF z pisma z dnia 27 lutego 2019r. wynika, że strony nie są zgodne, co do tego po czyjej stronie leżała przyczyna rozwiązania umów i które z dokonanych odstąpień przez zamawiającego czy przez odwołującego są prawidłowe i skuteczne. Nadto z informacji podanych na str. 18 – 19 w pkt. 86 pisma TPF z dnia 27 lutego 2019r. wynika, że zamawiający nakładał na TPF obowiązki dotyczące realizacji umowy dotyczącej nadzoru autorskiego dla linii kolejowej E20 po dacie złożenia przez siebie odstąpienia. Dla Izby istotne były także okoliczności podane w pkt. 8 i 9 str. 23 wyjaśnień, które wskazywały na fakt zawarcia osobnej umowy. O sporności oceny sposobu rozwiązania umowy dotyczącej linii kolejowej E59 świadczą także pkt. 11 - 13 złożonych wyjaśnień str. 23-24.

Natomiast co do charakteru informacji uznanych przez przystępującego TPF za stanowiących jego tajemnicę przedsiębiorstwa, to Izba ustaliła, że przystępujący opisuje ten charakter w

akapicie 2 str. 31 i akapicie 4 str. 32, gdzie wskazuje się na potrzebę ochrony danych osobowych oraz tajemnicy handlowej. Co do okoliczności podanych przez przystępującego TPF jako mających służyć wykazaniu, że informacje te nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności, to przystępujący wyjaśniał te kwestie na str. 32 akapit 3 i str. 32 – 34 akapit 5.

Izba porównała podane sposoby ochrony informacji ze sposobami podanymi przez przystępującego TPF w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie i stwierdziła argumenty podane na str. 32 w akapicie 3 są w całości zbieżne z argumentami podanymi wraz z ofertą, nadto są one powtórzone na str. 32-34 w akapicie 5 jako tiret 1, 5, 6 i 7. Zaś porównując te argumenty do argumentów podanych przez przystępującego Voessing, to są zbieżne z akapitem 5 str. 32-34 przystępującego TPF w tiret 1, 3, 5, 6, 8 i 9. Przystępujący TPF w tirecie 1 akapitu 5 str. 32 wskazał, że załącza dowód wprowadzenia klauzul poufności do umów, jednak taki dowód do pisma z dnia 27 lutego 2019r. nie został dołączony. Na pozostałe informacje również nie załączył dowodu. W załączonych przez przystępującego TPF dowodach do wyjaśnień występują dane osobowe na str.36 pkt. IV lit. a i b, str. 92 pkt IV, str. 102 pkt IV, str. 108 pkt. 15, str. 109 – 110 pkt. 19. W przedstawionych dowodach brak jest wniosku w trybie art. 153 par. 1¹ kpc.

Dowód odwołującego informacja prasowa z Dziennika Łódzkiego z 24 października 2012r. i strony internetowej Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi 9 listopada 2012r., z których wynika, że ZDIT oświadczył, że odstąpił od umowy z Systrą z uwagi na niską jakość opracowania i niedotrzymania i niezrealizowania postanowień umowy przez wykonawcę.

Z JEDZ TPF SA w postępowaniu wszczęty ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2019/S 109 266948 wykonawca TPF oświadczył TAK na pytanie czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa z sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową. Wykonawca TPF oświadczył, że załączył także do oferty załącznik objęty tajemnicą przedsiębiorstwa.

Z JEDZ TPF SA w postępowaniu wszczęty ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2019/S 112 - 275990 wykonawca TPF oświadczył TAK na pytanie czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa z sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową. Wykonawca TPF oświadczył, że załączył także do oferty załącznik objęty tajemnicą przedsiębiorstwa.

Z dokumentu z dnia 21 grudnia 2017r. wynika, że zamawiający odstąpił w tej dacie od umowy nr 90/107/0094/17/Z/I z dnia 19 maja 2017r. Złożono dwa egzemplarze tego samego dokumentu.

Z pisma TPF do zamawiającego z dnia 12 grudnia 2017r. wynika, że pomiędzy stronami istniał spór co do zakresu i sposobu realizacji umowy nr 90/107/0094/17/Z/I i TPF uważał, że zamawiający dąży do jej odstąpienia.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się podstaw, które mogłyby skutkować odrzuceniem któregokolwiek z odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że obaj odwołujący wykazali przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Voessing Polska Sp. z o.o. (ul. Grobla 17/5, 61-853 Poznań, dalej Voessing) z postępowania pomimo tego, że nie wykazał braku podstaw wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 pkt 14 oraz art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy;

ewentualnie

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy Voessing do przedstawienia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 pkt 14 oraz art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy

W zakresie obu wyżej opisanych zarzutów Izba umorzyła postępowanie, gdyż odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu tych zarzutów i swoje stanowisko podtrzymał w toku postępowania odwoławczego. Z przepisu art. 186 ust. 3a ustawy wynika wprost dopuszczalność cofnięcia części zarzutów odwołania, jak również skutek w postaci umorzenia postępowania, jeśli zarzuty uwzględnione i wycofane wyczerpują całość sporu pomiędzy stronami, a przystępujący po stronie zamawiającego nie wniosą sprzeciwu. Tym samym skutkiem wycofania części zarzutów musi być konieczność wydania postanowienia częściowego o umorzeniu postępowania wobec braku przedmiotu sporu. W konsekwencji Izba umorzyła postępowanie w pkt. 1 sentencji.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1 i 3 ustawy, w zw. i art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1933 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.J. Dz.U. z 2019 r. poi. 1010, ze zm.) przez zaniechanie ujawnienia i udostępnienia odwołującemu Sysstra zastrzeżonych przez wykonawcę Voessing jako tajemnica przedsiębiorstwa:

a. wykazu personelu na potrzeby weryfikacji kryterium oceny ofert zgodnie z pkt. 19.7.2.

IDW,

b. wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego wraz z Informacjami na temat Ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informację o podstawie do dysponowania tymi osobami, udzielonego w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu,

c. wykazu usług wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, złożonego w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu,

d. dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, złożonych w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu,

e. zobowiązań podmiotów trzecich do oddania wykonawcy do dyspozycji swoich zasobów, pomimo tego, że wykonawca nie wykazał, że w stosunku do zastrzeżonych Informacji zachodzą przesłanki uzasadniające ich zastrzeżenie jako tajemnica, a same Informacje nie posiadają cech pozwalających na ich zastrzeżenie

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1933 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.J. Dz.U, z 2019 r. poi. 1010, ze zm.) przez zaniechanie ujawnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę TPF jako tajemnica przedsiębiorstwa;

a, wykazu personelu na potrzeby weryfikacji kryterium oceny ofert zgodnie z pkt. 19,7.2.

IDW

Zarzuty zostały uwzględnione przez zamawiającego, a przystępujący Voessing i przystępujący TPF nie wnieśli w tym zakresie sprzeciwu. Zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy w takim przypadku Do rozpoznania na rozprawie Izba kieruje odwołanie, co do których został zgłoszony sprzeciw w zakresie całości lub części zarzutów, a odwołujący pozostałych zarzutów nie wycofał. Jednakże należy uznać, że w zakresie zarzutów uwzględnionych, co do których nie został wniesiony sprzeciw częściowy, brak jest pomiędzy stronami przedmiotu sporu, gdyż zamawiający uznał w części zarzuty odwołania dzieląc stanowisko odwołującego, a przystępujący po stronie zamawiającego się takiemu uznaniu nie sprzeciwił. Tym samym spór pomiędzy stronami i uczestnikiem postępowania wygasł i orzekanie, co do niego stało się bezprzedmiotowe. W tej sytuacji w ocenie Izby, choć brak jest jednoznacznej podstawy prawnej, konieczne jest również częściowe umorzenie postępowania. Izba bowiem nie może pozostawić bez rozpoznania, któregośkolwiek z zarzutów odwołania, a sposobem rozpoznania zarzutu jest jego oddalenie, uwzględnienie lub umorzenie postępowania w całości lub w części. W konsekwencji Izba umorzyła postępowania w pkt. 2 sentencji.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1933 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.J. Dz.U, z 2019 r. poi. 1010, ze zm.) przez zaniechanie ujawnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę TPF jako tajemnica przedsiębiorstwa;

b. Samooczyszczenia złożonego na wezwanie zamawiającego z dnia 25 lutego 2019 r., pomimo tego, że wykonawca nie wykazał, że w stosunku do zastrzeżonych informacji zachodzą przesłanki uzasadniające ich zastrzeżenie jako tajemnica, a same informacje nie posiadają cech pozwalających na ich zastrzeżenie.

Zarzut potwierdził się. Przepis art. 8 ust. 1 ustawy stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne. Zgodnie z ust. 2 art. 8 ustawy zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Natomiast, w myśl ust. 3 art. 8 nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Przedmiotem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w niniejszej sprawie są informacje dotyczące przebiegu realizacji dwóch umów zawartych pomiędzy zamawiającym, a przystępującym TPF w 2017. Te informacje zostały podane ustnie do protokołu w ramach jawnej rozprawy przed Izbą w dniu 31 października 2019r., a tym samym ich ujawnienie w jawnej treści uzasadnienia wyroku nie może stanowić ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający i przystępujący TPF na jawnej rozprawie wskazywali także na fakt toczenia się sporu sądowego, co do skutków odstąpienia od tych umów. Informacja o odstąpieniu od umowy przez zamawiającego była zawarta w jawnym piśmie skierowanym do przystępującego TPF w dniu 25 lutego 2019r., a więc sama w sobie również nie jest tajemnicą, zaś przystępujący TPF podczas jawnej rozprawy wskazał, że neguje skuteczność odstąpienia od tych umów przez zamawiającego i oświadczył, że sam również odstąpił od tych umów. Przedmiotem oceny w niniejszej sprawie jest to, czy przystępujący TPF

na str. 31 – 34 skutecznie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Izby analiza stanu faktycznego ustalonego na przedstawionych w postępowaniu dowodach nie pozwala na uznanie tej skuteczności. Przystępujący TPF powołuje się bowiem na fakt wszczęcia postępowań sądowych w sprawach cywilnych oraz oświadcza, że informacje o przebiegu realizacji obu umów stanowią tajemnicę handlową. Jednakże te okoliczności nie są przez wykonawca w żaden sposób wykazane. Uzasadnienie jest obszerne z racji przytoczenie definicji tajemnicy i stanowisk orzecznictwa, natomiast przystępujący TPF nie pokazał w czym tkwi jego tajemnica. Sam fakt wszczęcia postępowania cywilnego nie może być podstawą do uznania, że informacje zawarte w pozwie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy zauważyć, że zasadą postępowania cywilnego wyrażoną w art. 9 kpc jest zasada jawności. Ta zasada jest rozumiana jako zasada jawności wobec stron postępowania, ale także jako jawność wobec osób postronnych. Zgodnie z art. 152 kpc w jawnej rozprawie poza stronami i uczestnikami mogą uczestniczyć osoby pełnoletnie. Nadto Zgodnie z art. 153 par 1¹ kpc rozprawa odbywa się przy drzwiach zamkniętych, w sytuacji gdy mogą być ujawnione okoliczności stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa strony postępowania. Jednak wyłączenie jawności musi nastąpić na wniosek strony postępowania. Zatem sam fakt wszczęcia postępowania cywilnego nie przesądza, że postępowanie sądowe i informacje w nim przedstawiane objęte są poufnością. Należy zwrócić uwagę na art. 85 ust. 1 Prawa o ustroju sądów powszechnych, zgodnie z którym sędzia jest obowiązany zachować w tajemnicy okoliczności sprawy, o których powziął wiadomość ze względu na swój urząd, poza jawną rozprawą sądową. Oznacza to, że informacje ujawniane podczas jawnej rozprawy nie podlegają ochronie i tracą walor niejawności, choćby z uwagi na fakt, że rozprawy sądowe odbywają się jawnie. Mogą w nich brać udział osoby postronne, ten udział obejmuje także postępowanie dowodowe.

Ujawnienie tajemnicy sądowej dotyczy postępowania przygotowawczego w procesie karnym, a także rozprawy prowadzonej z wyłączeniem jawności i jest penalizowane w art. 241 kk, zaś rozdział XXXIII KK reguluje przestępstwa przeciwko ochronie informacji i z analizy treści tego działu wynika, że sam fakt wniesienia pozwu nie powoduje nadania odpisowi takiego dokumentu charakteru informacji chronionej tajemnicą. Treść pozwu może jednak zawierać informacje objęte tajemnicą czy też wskazywać na dowody, których przeprowadzenie na jawnej rozprawie mogłoby prowadzić do ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, jednak, aby przedsiębiorca mógł korzystać z ochrony powinien podjąć czynności zmierzające do ograniczenia jawności rozprawy, gdyż jeśli informacje zawarte w pozwie czy wynikające z wnioskowanych dowodów będą roztrząsane na jawnej rozprawie, to nie przysługuje im walor niejawności, mogą być bowiem ujawnione nieograniczonemu kręgowi osób postronnych pełnoletnich, które będą uczestniczyć w jawnej rozprawie.

W ocenie Izby nie ma tutaj związku z ustawą z dnia 5 września 2001r. o dostępie do informacji

publicznej, gdyż ustawa ta określa informacje o sprawach publicznych i dostęp do nich, natomiast prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu ze względu na prywatność osoby fizycznej lub tajemnicę przedsiębiorcy. Ograniczenie to nie dotyczy informacji o osobach pełniących funkcje publiczne, mających związek z pełnieniem tych funkcji, w tym o warunkach powierzenia i wykonywania funkcji, oraz przypadku, gdy osoba fizyczna lub przedsiębiorca rezygnują z przysługującego im prawa. – art. 5 ust. 2 ustawy o dostępie do informacji publicznej. Tym samym jeśli przedsiębiorca nie wskaże, że sprawa rozstrzygana przed sądem powszechnym dotyczy jego tajemnicy przedsiębiorstwa, a postępowanie dotyczy władz publicznych lub innych podmiotów wykonujących zadania publiczne albo osób pełniących funkcje publiczne - w zakresie tych zadań lub funkcji, to także możliwy jest dostęp do tej informacji. Zdaniem Izby dla oceny, czy fakt, że pozew składa się na akta postępowania, które podlegają ujawnieniu w drodze dostępu do informacji publicznej jest wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 31 marca 2011r. wydany w sprawie sygn. akt II SAB/Po 1/11 zgodnie z którym:

1. Podmiot uprawniony do udzielenia informacji publicznej, po stwierdzeniu, iż wniosek dotyczy informacji publicznej, udziela informacji albo odmawia jej udzielenia, gdy informacja ta jest tajemnicą ustawowo chronioną. W praktyce może to dotyczyć wszystkich dokumentów zawartych w aktach postępowania lub ich części. Podmiot uprawniony do udzielenia informacji publicznej w takim wypadku winien odmówić udzielenia informacji publicznej wskazując konkretne przyczyny stanowiące podstawę odmowy, np. powołując się na tajemnicę państwową lub służbową. O ile zatem organ ma obowiązek udostępnienia informacji publicznej, to zarazem ciąży na nim obowiązek postępowania w sposób nienaruszający art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. Nr 112, poz. 1198 ze zm.) oraz w sposób zgodny z ograniczeniami wynikającymi z art. 23 oraz art. 27 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (t.j. Dz.U. z 2002 r. Nr 101, poz. 926 ze zm.). W sytuacji, w której odmowę uzasadniają względy ochrony prywatności, wskazówką dla organu w tym zakresie może być również stanowisko sądu karnego co do wyłączenia jawności w postępowaniu rozpoznawczym.

2. Pojęcia "informacji o sprawach", o których mowa w art. 5 ust. 3 ustawy, nie można wprost utożsamiać z uzyskiwaniem dostępu do akt tych spraw. Nadto ustawa zgodnie ze swoim założeniem pozwala udzielać informacji o sprawach rozstrzyganych we wspomnianych postępowaniach tylko w stosunku do "osób pełniących funkcje publiczne", kładąc tym samym tamę zainteresowaniu osób postronnych sprawami osób prywatnych lub tajemnicą przedsiębiorcy. Fragmenty akt sprawy administracyjnej, jako odnoszące się do działania podmiotów publicznych mogą stanowić informację publiczną. Zasadą jest jawność dokumentów urzędowych (podlegająca ograniczeniu z uwagi na ochronę informacji niejawnych i innych tajemnic ustawowo chronionych), a nie akt administracyjnych, w których

się one znajdują, bowiem akta administracyjne nie są dokumentem urzędowym, o jakim mowa w ustawie o dostępie do informacji publicznej. Za informację publiczną uważa się jednak nie tylko dokumenty wytworzone przez organ, ale również i takie, których używa do realizacji Izba rozumie to orzeczenie w ten sposób, że o tym czy dana informacja uprawnia do odmowy do niej dostępu decyduje to, czy stanowi tajemnicę i czy pochodzi od podmiotu, któremu przysługuje prawo do zastrzeżenia tej tajemnicy, a także to czy uprawniony podmiot jest zainteresowany ochroną takiej tajemnicy.

Przekładając to rozumienie na niniejsze postępowanie, w ocenie Izby uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oparte jedynie na fakcie wszczęcia postępowania sądowego bez jednoczesnego wykazania woli ochrony informacji w postępowaniu cywilnym – wnioszek o ograniczenie jawności rozprawy w trybie art. 153 par. 1¹ kpc, nie stanowi wykazania, że zastrzeżone informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Słusznie zauważył na rozprawie zamawiający, że przystępujący TPF nie wskazał w pozwach, że informacje w nich podane, lub przedstawiane dowody stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa, która uprawnia go do wyłączenia jawności rozprawy w całości lub części. Na podobnych zasadach funkcjonuje ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniu odwoławczym, Izba może odmówić stronom dostępu do dokumentacji akt odwoławczych jeżeli znajduje się w nich tajemnica przedsiębiorstwa – 189 ust.6 i 8 ustawy, natomiast istotne jest to, że fakt, iż dana informacja jest informacją chronioną musi być wskazany przez stronę lub wynikać z akt postępowania. W przypadku pozwów przystępującego TPF, taki fakt z ich treści nie wynika. Ponadto Izba wzięła pod uwagę, że okoliczności związane z ochroną poufności informacji, na jakie powołuje się przystępujący TPF są zbieżne z okolicznościami powołanymi przy zastrzeganiu innych informacji tak w ofercie Voessing jak i w ofercie TPF. Obaj przystępujący nie wnieśli w sprawie sygn. akt KIO 2107/19 sprzeciwu wobec odtajnienia informacji objętych analogicznymi procedurami ochrony poufności. We wszystkich tych uzasadnieniach zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa żaden z wykonawców nie przedstawił nawet cienia dowodu pozwalającego na przyjęcie, że takie procedury poufności są wdrożone choćby przez zanonimizowane umowy z pracownikami z zawartymi klauzulami poufności, z kontrahentami, czy przez wskazanie nazwy systemu bezpieczeństwa informacji lub wykazanie istnienia regulaminów postępowania z informacją poufną. Tym samym nie można uznać, że przystępujący TPF wykazał, wszystkie przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa wynikające z art. 11 ust. 2 uznk w związku z art. 8 ust. 3 ustawy. W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że sprzeciw nie jest zasadny, a odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenie wykonawcy TPF pomimo tego, że w stosunku do tego wykonawcy zachodzi podstawa wykluczenia określona w tym przepisie, a wykonawca nie wskazał jej w JEDZ i nie

przedstawił Informacji, o której mowa w art. 24 ust. 8 ustawy z własnej Inicjatywy

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. W myśl art. 24 ust. 6 ustawy jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 5, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji.

Niewątpliwie jak wynika z ustaleń stanu faktycznego zamawiający przewidział fakultatywną przesłankę wykluczenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym miał obowiązek badać przyczyny rozwiązania umów zawartych z zamawiającymi sektora publicznego i zamawiającymi sektorowymi jak on sam. W sprawie nie było sporne, że dwie umowy, których stronami byli zamawiający i przystępujący TPF zawarte w 2017r. zostały rozwiązane i nie zostały wykonane w części. Natomiast sporne było kto doprowadził do rozwiązania umowy, zamawiający twierdził, że to on odstąpił z winy przystępującego z uwagi na rażące opóźnienia i zaniedbania, zaś przystępujący TPF uważa, że odstąpienia zamawiającego były nieskuteczne i to przystępujący TPF rozwiązał umowy skutecznie od nich odstępując z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Przystępujący też kwestionuje fakt, nienależytego wykonywania przez siebie tych umów, oraz to czy niewykonanie części tych umów było istotnego stopnia. Przystępujący TPF złożył w JEDZ-u oświadczenie, że nie znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową. Bezsporne jest też to, że zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 8 ustawy, uznając przystępującego TPF za podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy. W ocenie Izby jednak, aby można było przeprowadzić procedurę samooczyszczenia, to wykonawca musi przyznać, że rozwiązanie umowy nastąpiło z przyczyn po jego stronie leżących. Natomiast, jeśli wykonawca tego faktu nie przyznaje, to zamawiający nie może wzywać wykonawcy do samooczyszczenia, ale może albo wykonawcę wykluczyć z postępowania uznając, że zachodzą przesłanki wykluczenia, albo podjąć się próby weryfikacji prawdziwości oświadczenia zawartego w siwz. Jednak w ocenie Izby ustawodawca nie wyposażył zamawiającego w uprawnienie pozwalające na zastąpienie oświadczenia wykonawcy w JEDZ oświadczeniem własnym o przeciwnej treści. Zamawiający, wzywając przystępującego TPF do procedury samooczyszczenia, w rzeczywistości pominął fakt, że

wykonawca do deliktu się nie przyznaje, a więc brak jest przesłanek wynikających z art. 24 ust. 8 ustawy. Skoro wezwanie było nieprawidłowe, to w konsekwencji nie można uznać, że stwarzało domniemanie wykluczenia wykonawcy, od którego wykonawca powinien się odwoływać. Słuszne jest zatem stanowisko przystępującego TPF, że wezwanie z dnia 25 lutego 2019r. nie zagrażało jego interesom, bowiem ani zamawiający nie wykluczył tym pismem przystępującego, ani go skutecznie nie wezwał do samooczyszczenia. Oznacza to zdaniem Izby, że pismo przystępującego TPF z dnia 27 lutego 2019r. należy traktować jedynie jako próbę wykazania zamawiającemu, że przystępujący w JEDZ nie zawarł informacji wprowadzających w błąd zamawiającego.

Odwołujący oparł zarzut o informacje od zamawiającego uzyskane z pisma zamawiającego z dnia 25 lutego 2019r. i innych dowodów na okoliczność rozwiązania umów z przystępującym TPF nie powoływał. Natomiast w ocenie Izby w sytuacji gdy przystępujący tym okolicznościom przeczy powołując się na wyjaśnienia przedstawione zamawiającemu w dniu 27 lutego 2019r., to nie można dowodu odwołującego uznać za rozstrzygający w przedmiotowej sprawie. Zawiera on bowiem oświadczenie jednej ze stron umowy, które druga ze stron umowy podważa. Umowa ta nie ma waloru decyzji administracyjnej wydawanej w granicach władztwa publicznego, tym samym sam fakt złożenia oświadczenia przez zamawiającego może podlegać ocenie i badaniu. Takiej ocenie poddał go przystępujący wszczynając spór sądowy. Brak wniosku o dopuszczenie dowodów z treści zawartych umów, oraz pełnej dokumentacji sposobu ich realizacji, powoduje, że odwołujący nie udowodnił zasadności swoich twierdzeń o tym, że wobec przystępującego TPF zachodzą przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy, w szczególności nie wykazał, że rozwiązanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie przystępującego, bo w tym zakresie poprzestał jedynie na subiektywnym odczuciu zamawiającego wyrażonym piśmie z dnia 25 lutego 2019r. Fakt, że inne osoby, które sprawowały nadzór autorski po przystępującym TPF, wykonywały go bez przeszkód, nie świadczy o tym, że odstąpienie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie TPF. Jest to jedynie twierdzenie odwołującego nie poparte dowodami, a przystępujący TPF przeczył temu, że zakresy umów z nim zawartych i zawartych z jego następcami były tożsame. Odwołujący nie wykazał także, że niewykonanie umowy przez przystępującego TPF było niewykonaniem o istotnym stopniu. Odwołujący nawet nie podjął próby wykazania tego faktu skupiając się na przesłance zawinienia i fakcie rozwiązania umowy. Zamawiający nie przeczył faktowi istnienia pomiędzy stronami sporu sądowego dotyczącego rozwiązanych umów i mimo uwzględnienia tego zarzutu odwołania, nie próbował wykazać, że tezy postawione w piśmie z dnia 25 lutego 2019r. są uzasadnione. Co do dowodu z JEDZów składanych w innych przestępowaniach przez TPF, to w ocenie Izby, z uwagi na brak złożenia załączonych do nich załączników objętych tajemnicą przedsiębiorstwa nie można ustalić, czy te załączniki dotyczą umów, z których odwołujący wywodzi przesłankę wykluczenia, czy też być może odnoszą się do

zdarzeń, które nastąpiły u przystępującego TPF po złożeniu oferty w niniejszym postępowaniu i udzieleniu wyjaśnień z dnia 27 lutego 2019r. Tym samym nie służą udowodnieniu okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia. W ocenie Izby przystępujący TPF natomiast pismem z dnia 27 lutego 2019r. oraz pismem z dnia 12 grudnia 2017r. wykazał, że pomiędzy stronami istnieje spór co do tego, która ze stron umowy jest przyczyną rozwiązania umów. Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zarzut jest niezasadny i nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust, 9 ustawy przez uznanie za wystarczające dowodów przedstawionych na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy pomimo tego, że zostały one przedstawione na wezwanie zamawiającego w trybie art, 26 ust. 3 ustawy, a nie z inicjatywy wykonawcy TPF

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zarzut oparty jest o założenie, że przystępujący na wezwanie zamawiającego złożył w trybie art. 24 ust. 8 ustawy dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności zmierzające do udowodnienia naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienia pieniężnego za doznana krzywdę lub naprawienia szkody, wyczerpującego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz współpracy z organami ścigania oraz podjęcia konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Przystępujący jednak takich dowodów nie złożył, co więcej nie przyznał, że jest przyczyną rozwiązania z nim dwóch umów zawartych z zamawiającym. Przeciwnie przystępujący TPF w piśmie z dnia 27 lutego 2019r. wyjaśnił zamawiającemu dlaczego uważa, że rozwiązanie umów nastąpiło z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. W konsekwencji zamawiający nie mógł tego pisma ocenić jako pisma samooczyszczającego przystępującego TPF z czynu, za który grozi wykluczenie z postępowania. Zamawiający w tym postępowaniu takiej oceny dokonywać nie mógł, a tym samym nie mógł błędnie uznać, że przystępujący przedstawił wystarczające dowody wykazujące, że przystępujący jest w stanie zapobiegać nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy w przyszłości. W konsekwencji zamawiający nie podjął czynności, której wadliwe przeprowadzenie zarzuca odwołujący. Wobec powyższego zarzut należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy TPF z postępowania pomimo tego, że wykonawca TPF w wyniku zamierzonego działania lub przynajmniej rażącego niedbalstwa zataił informacje, że podlega wykluczeniu

Zarzut nie został wykazany. Zarzut odwołania oparty był o treść wezwania zamawiającego z dnia 25 lutego 2019r., w którego wyniku, że zamawiający uważa, że przystępujący TPF podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy. Odwołujący zestawiając tą informację z oświadczeniem przystępującego TPF zawartym w JEDZu doszedł do przekonania, że informacja zawarta w JEDZ była nieprawdziwa i miała wprowadzać zamawiającego w błąd, co do braku podstaw wykluczenia. W ocenie Izby skoro nie zostało wykazane, że przystępujący TPF podlega wykluczeniu z postępowania i czyn stanowiący podstawę tego wykluczenia jest sporny pomiędzy zamawiającym i przystępującym TPF, to w konsekwencji nie można było uznać, że informacja podana przez przystępującego TPF w JEDZ jest niezgodna z rzeczywistym stanem faktycznym. Przystępujący TPF wprawdzie świadomie i celowo podał zamawiającemu informację, że nie podlega wykluczeniu, jednak trudno uznać, że taka informacja mogła wprowadzić w błąd zamawiającego, skoro jest on stroną procesu sądowego wszczętego przez przystępującego TPF. Tym samym stanowisko przystępującego, że uważa on iż nie był przyczyną rozwiązania umów zawartych z zamawiającym było znane zamawiającemu. Co więcej przystępujący nie tał tego faktu przedstawiając zamawiającemu obszernie swoje stanowisko, co do nieprawidłowości odstąpienia od umów przez zamawiającego. Izba tym samym nie uznała zarzutu za zasadny i oddaliła w tym zakresie odwołanie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy TPF z postępowania pomimo tego, że wykonawca TPF w wyniku niedbalstwa lub przynajmniej lekkomyślności przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia tj., wskazał, że nie zachodzą w stosunku do niego podstawy wykluczenia, podczas, gdy z dokumentacji postępowania wynika, że w dniu składania ofert okoliczności takie zachodziły, a wykonawca TPF był tego świadom;

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie z tych samych powodów, które Izba wskazała w rozstrzygnięciu zarzutu poprzedzającego. Izba zatem w całości podtrzymuje przedstawioną wyżej argumentację, jako odpowiednią dla oddalenia również zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła o częściowym uwzględnieniu odwołania na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10

ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, przez który należy rozumieć przepis art. 192 ust. 2 ustawy, który stanowi o uwzględnieniu odwołania, w sytuacji stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Izby ujawnienie w postępowaniu dokumentów, które dotychczas nie były znane pozostałym wykonawcom umożliwia ich ocenę nie tylko pod kątem przesłanek wykluczenia rozpoznawanych w niniejszej sprawie i w tym znaczeniu może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Tym, samym skoro odwołanie podlegało uwzględnieniu, a przystępujący temu uwzględnieniu się sprzeciwiał, to przegrał postępowanie w całości i kosztami tego postępowania należało go obciążyć, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), obciążając przystępującego wyłącznie kosztami uiszczzonego wpisu i zastępstwa prawnego.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....