

Sygn. akt: KIO 1032/14

WYROK

z dnia 6 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 czerwca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **23 maja 2014 r.** przez wykonawcę **SH – Info System Sp. z o.o., z siedzibą w Chorzowie** postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Realizacja kontroli na miejscu metodą FOTO na terenie 16 województw*

prowadzonym przez zamawiającego Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa

przy udziale wykonawcy Bratania Sp. z o.o. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego tj. **SH – Info System Sp. z o.o.**, i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego SH – Info System Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa - (dalej „**Zamawiający**”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) – (dalej „**ustawą Pzp**” lub „**Pzp**”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Realizacja kontroli na miejscu metodą FOTO na terenie 16 województw.*

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 23 maja 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy „SH - Info System” Sp. z o.o. (dalej „**Odwołujący**”) w zakresie części nr VI (Województwo Łódzkie) zamówienia, w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. Przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania równego traktowania wykonawców, czym Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp;
2. Przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania jawności poprzez nieuprawnione ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem poprzez uznanie zastrzeżonych w ofercie wykonawcy Bratania Sp. z o.o. w N. K. informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz. U. 2003 r. Nr 153 poz. 1503, z późn.zm), czym Zamawiający naruszył art. 8 ust. 1 ustawy Pzp;
3. Zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy Bratania Sp. z o.o. w N. K. , pomimo okoliczności, iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czym Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;
4. Zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy Bratania Sp. z o.o. w N. K. , pomimo okoliczności, iż wykonawca ten nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert oraz na przedłużony okres związania ofertą czym Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp;

5. Zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Bratania Sp. z o.o. w N. K. , w związku z niewykazaniem spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania narzędziami i urządzeniami technicznymi do realizacji przedmiotu zamówienia oraz osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, czym Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp;
6. Wyborze oferty wykonawcy Bratania Sp. z o.o. w N. K. jako najkorzystniejszej, pomimo okoliczności, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czym naruszono art. 7 ust. 3 ustawy Pzp;
7. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Bratania Sp. z o.o. w N. K. , pomimo że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, czym Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp;
8. Zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Bratania Sp. z o.o. w N. K. pomimo, że należy do grupy kapitałowej M. K. , w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.), złożył odrębne oferty w tym samym postępowaniu, a nie wykazał, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, czym Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp;
9. Zaniechanie wezwania wykonawcy Bratania Sp. z o.o. w N. K. do wyjaśnień treści dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, czym Zamawiający naruszył art. 26 ust. 4 ustawy Pzp;
10. Zaniechanie wezwania wykonawcy Bratania Sp. z o.o. w N. K. do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, czym Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp;
11. Zaniechanie wezwania wykonawcy Bratania Sp. z o.o. w N. K. do udzielenia wyjaśnień dotyczących powiązań, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, czym Zamawiający naruszył art. 24b ustawy Pzp;
12. Zaniechanie wezwania wykonawcy Bratania Sp. z o.o. w N. K. do wyjaśnienia treści oferty celem ustalenia zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, czym Zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu w części nr VI (Województwo Łódzkie):

1. Unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej;

2. Nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert dla części nr VI;
3. Nakazanie Zamawiającemu uznania za bezskuteczne zastrzeżenie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji znajdujących się według spisu treści na stronach od 23 do 37 oferty złożonej przez wykonawcę Bratania Sp. z o.o. w N. K. (nakazanie odtajnienia) tj. umów o udostępnienie zasobów, oświadczeń o udostępnieniu zasobów, wykazu osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, wykazu narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych w celu realizacji zamówienia, ewentualnie w przypadku uznania, któregokolwiek zastrzeżonych dokumentów za tajemnicę przedsiębiorstwa, wnosimy o nakazanie Zamawiającemu ujawnienie ich treści w sposób uniemożliwiający zapoznanie się z informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa;
4. Nakazanie Zamawiającemu wykluczenie Bratania Sp. z o.o. w N. K. z udziału w postępowaniu;
5. Nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Bratania Sp. z o.o. w N. K. ;
6. Nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej, ewentualnie Odwołujący wniósł o:
7. Nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy Bratania Sp. z o.o. w N. K. do złożenia wyjaśnień dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 2d w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp;
8. Nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy Bratania Sp. z o.o. w N. K. do udzielenia w wyjaśnień dotyczących powiązań, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp z Panem M. K. oraz MK Projekt Sp. z o.o. w Białymstoku;
9. Nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy Bratania Sp. z o.o. w N. K. do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu;
10. Nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy Bratania Sp. z o.o. w N. K. do wyjaśnień treści dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Ponadto, Odwołujący wniósł o:

- dopuszczenie dowodu z zeznań świadka M. K. (wezwanie na adres: ul.lok. ...,, B.) oraz A. K. (wezwanie na adres: ul. D, nr ..., N.K. , kod-....., poczta T.) na okoliczność powiązań M. K. z Bratania Sp. z o.o., przebiegu współpracy z Bratania Sp. z o.o. oraz możliwości wpływu Pana M. K. na działalność Bratania Sp. z o.o.

- dopuszczenie dowodu z zeznań w charakterze świadka lub strony (o ile Bratania Sp. z o.o. przystąpi do postępowania), A. a K. (wezwanie na adres Bratania Sp. z o.o.) na okoliczność charakteru powiązań M. K. z Bratania Sp. z o.o., przebiegli współpracy z Bratania Sp. z o.o. oraz możliwości wpływu Pana M. K. na działalność Bratania Sp. z o.o.

W uzasadnieniu swoich zarzutów, Odwołujący wskazał, co następuje:

Tajemnica przedsiębiorstwa

W dniu 19 maja 2014 roku Odwołujący powziął wiedzę o utajnieniu części oferty wykonawcy, a mianowicie jako tajemnicę przedsiębiorstwa ujęto informację znajdujące się według spisu treści oferty na stronach od 23 do 37 tj. umowy o udostępnienie zasobów, oświadczenia o udostępnieniu zasobów, wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, wykaz narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych w celu realizacji zamówienia. Z treści udostępnionych Odwołującemu dokumentów wynikało, że Zamawiający nie podjął czynności celem zbadania czy zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa było uzasadnione. Pismem z dnia 19 maja 2014 roku Odwołujący wniósł o uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji znajdujących się na stronach od 23 do 37 oferty złożonej przez wykonawcę Bratania Sp. z o.o. w N. K. .

W ocenie Odwołującego dokonanie przez Bratania Sp. z o.o. objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów zawartych według spisu treści na stronach od 23 do 37 oferty jest nieuprawnione w świetle treści art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem Odwołującego informacje zawarte w wykazie narzędzi, osób, oświadczeniu o udostępnieniu zasobów, umowy o udostępnienie zasobów nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tak, wyrok KIO z dnia 7 listopada 2011 roku, sygn. akt: KIO 2260/11).

W ocenie Odwołującego Zamawiający w Rozdziale IV ust. 1 pkt 1) d) nie wymagał jakiś nadzwyczajnych urządzeń czy technologii, natomiast wymaga urządzeń o określonych parametrach technicznych, o charakterze zestandaryzowanym. Za istotny Zamawiający uznał wskaźnik W (strona 7 SIWZ), służący do wyznaczenia tzw. szerokości strefy buforowej. W ocenie Odwołującego, utajniając wykaz narzędzi wykonawca Bratania Sp. z o.o.

uniemożliwił zweryfikowanie jakim urządzeniami rzekomo dysponuje i czy spełniając one warunki określone przez SIWZ. Co więcej Zamawiający przykładowo na stronach 8,9,10 podał 47 urzędzeń jakie uznaje za spełniające wymogi SIWZ.

W ocenie Odwołującego tajemnicą przedsiębiorstwa nie mogą być objęte dokumenty podmiotów trzecich, które udostępniły zasoby. Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Ponadto, co do zasady, informacje zawarte w wykazie zrealizowanych zamówień, jakich żąda Zamawiający, obejmujące dane dotyczące: przedmiotu zamówienia, wartości usługi lub dostawy, terminu realizacji nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzuca, że to na Zamawiającym spoczywa obowiązek badania skuteczności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępnienia informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia (uchwała SN z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05). Co istotne Zamawiający winien w tym zakresie podjąć czynności z urzędu.

W ocenie Odwołującego w świetle przepisów Prawa zamówień publicznych za szczególnie naganne należy oceniać utajnianie części oferty w celu uniemożliwienia wykonawcom konkurencyjnym zbadania prawidłowości złożonej oferty. W ocenie Odwołującego zakres i przedmiot objęcia przez wykonawcę Bratania Sp. z o.o. rzekomą tajemnicą przedsiębiorstwa oferty może wskazywać na takie działanie. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że przedmiotem zastrzeżenia rzekomą tajemnicą przedsiębiorstwa objęto także dokumenty pochodzące od podmiotów trzecich udostępniających wykonawcy Bratania Sp. z o.o. swoje zasoby. W ocenie Odwołującego wykazując posiadanie wiedzy i doświadczenia, wykonawca Bratania Sp. z o.o. musiał posłużyć się zasobami podmiotu trzeciego. Według powszechnie dostępnej wiedzy Bratania Sp. z o.o. nie realizowała w przeszłości zamówienia, które pozwoliłoby jej samodzielnie spełnić wymogi określone treścią SIWZ.

Zaniechanie odrzucenia oferty Bratania Sp. z o.o. jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji

Jednocześnie Odwołujący zarzucił, że utajnienie dokumentów, które z zasady nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W ocenie Odwołującego takie działanie stanowi jedynie wybieg taktyczny, wyczerpujący znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał, że czynami nieuczciwej konkurencji są nie tylko

zachowania sprzeczne z prawem, lecz także z dobrymi obyczajami, jeśli godzą w interesy konkurentów. W ocenie Odwołującego wykonawca Bratania Sp. z o.o. jako profesjonalista, do którego stosuje się na zasadzie art. 14 ustawy Pzp. w związku z art. 355 § 2 k.c. podwyższone wskaźniki staranności doskonale winien wiedzieć, że zarówno zobowiązanie do udostępniania zasobów jak i wykaz narzędzi oraz osób są jawne i nie mogą być skutecznie zastrzeżone.

W ocenie Odwołującego bezprawne zastrzeżenie przez Bratania Sp. z o.o. jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wykazu narzędzi, osób oraz oświadczeń o udostępnieniu zasobów, stanowi zarazem składanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wyniki postępowania, co winno skutkować wykluczeniem Bratania Sp. z o.o. z postępowania na zasadzie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Grupa kapitałowa i powiązania między wykonawcami

Odwołujący wskazał, że w Rozdziale 1 ust. 4 SIWZ Zamawiający dopuścił złożenie oferty przez jednego wykonawcę na nie więcej niż 2 dowolnie wybrane przez siebie części zamówienia. Jednocześnie w Rozdziale IV ust. 1 pkt 1) lit c) postanowił, że „Wykonawca wskazujący, na zasadach określonych a art. 26 ust. 2b w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, na zasób (osoby) innego podmiotu powinien przedłożyć oświadczenie tego podmiotu, iż wskazany zasób został udostępniony danemu wykonawcy na zasadach wyłączności. Ten sam zasób nie może być wykazany przez różnych wykonawców składających ofertę w różnych częściach postępowania. Na treść SIWZ nie składano odwołań, a Zamawiający dodatkowo w odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści Rozdziału IV ust. 1 pkt 1) lit c) SIWZ wyjaśnił, że „oferta wykonawcy powinna zostać przygotowana zgodnie z przepisami prawa, zapisami SIWZ i ogłoszenia o wszczęciu postępowania i to wykonawca ponosi konsekwencje ewentualnego niezastosowania się do wskazanych wymogów”.

Na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu Bratania Sp. z o.o. przedłożyła wykaz usług zrealizowanych na rzecz ARiMR przez: Info Projekt M. K. oraz MK Projekt Sp. z o.o. W treści oferty Bratania Sp. z o.o. jako osobę do kontaktów wskazała Pana M. K. i adres B., ul., a zatem adres siedziby spółki MK Projekt Sp. z o.o. Spółka ta z kolei, której 100% udziałowcem i jedynym członkiem Zarząd jest Pan M. K. posiada oddział w N. K. przy ul., a zatem w miejscu siedziby Bratania Sp. z o.o. Numer fax-u do kontaktów jest dokładnie ten sam. Na dowód Odwołujący przedłożył

informacja odpowiadająca odpisowi z KRS MK Projekt Sp. z o.o. oraz wykaz usług w ofercie Bratania Sp. z o.o.

Drugą z usług jakie ujawniła w swej ofercie Bratania Sp. z o.o. była usługa wykonana przez Pana M. K. wykonującego działalność gospodarczą pod nazwą Info Projekt M. K. . Jak wynika z kolei z wydruku z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Pan M. K. także prowadzi działalność gospodarczą pod adresemB. ul..... Dowód: Wydruk z CEiDG Info Projekt M. K. .

W ocenie Odwołującego, już tylko z powyższych dokumentów wynika, że Pan M. K. , który osobiście wraz ze spółką, której jest jednym udziałowcem i Prezesem Zarządu złożył ofertę w tym samym postępowaniu (część 16 woj. Podlaskie oraz część 11 woj. Mazowieckie) jest ściśle powiązany z Bratania Sp. z o.o. Potwierdzeniem takiego stanu rzeczy jest wskazanie w ofercie Bratania Sp. z o.o. Pana M. K. jako osoby do kontaktu (patrz okładka oferty Bratania Sp. z o.o.).

Zdaniem Odwołującego w przypadku wykonawcy Bratania Sp. z o.o. istnieją podstawy do jego wykluczenia, albowiem przedkładając oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej złożył oświadczenie nieprawdziwe (patrz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania.

W ocenie Odwołującego już z samej treści oferty Bratania Sp. z o.o. wynika, że skoro osobą wyznaczoną do kontaktów jest Pan M. K. , który zarazem działając w imieniu własnym jak i w imieniu spółki zależnej MK Projekt Sp. z o.o. udostępnia zasoby wykonawcy Bratania Sp. z o.o. – niewątpliwie w pełni kontroluje choćby przebieg niniejszego postępowania, a już na pewno ma taka możliwość. W ocenie Odwołującego wskazanie do kontaktów Pana M. K. , podanie jako właściwego do doręczeń adresu siedziby jego spółki zależnej oraz powoływanie się przez Bratania Sp. z o.o. powinno wzbudzić u Zamawiającego wątpliwości czy pomiędzy M. K. a Bratania Sp. z o.o. nie doszło do przejęcia kontroli, a w tym do powstania grupy kapitałowej. Co istotne przedsiębiorca, który przejął kontrolę nie musi zatem faktycznie współdecydować o wszystkich sprawach związanych z działalnością przedsiębiorcy kontrolowanego, a jedynie o takich, które mają właściwości istotnych gospodarczo rozstrzygnąć. W ocenie Odwołującego, dla stwierdzenia, że w danym przypadku mamy do czynienia z kontrolą w rozumieniu art. 4 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, wystarczająca jest już sama możliwość wywierania decydującego wpływu.

W ocenie Odwołującego, skoro jako osobę do kontaktów z Zamawiającym wskazano M. K. , który nadto osobiście oraz przez spółkę zależną MK Projekt Sp. z o.o. udostępnił wykonawcy Bratania Sp. z o.o. zasoby, niewątpliwie powstała w tym zakresie możliwość wywierania decydującego wpływu na Bratania Sp. z o.o.

Mając na uwadze brzmienie rozdziału I, ust. 4 SIWZ zgodnie z którym Zamawiający dopuścił złożenie oferty przez jednego wykonawcę na nie więcej niż 2 dowolnie wybrane przez siebie części zamówienia, treść oferty Bratania Sp. z o.o. oraz opisane wyżej powiązania z M. K. oraz MK Projekt Sp. z o.o. wskazują, że spółka Bratania Sp. Z o.o. nieformalnie kierowana przez M. K. złożyła ofertę w postępowaniu po to by obejść warunki SIWZ. Inaczej bowiem udostępniający zasoby MK Projekt Sp. z o.o. ani też Info-Projekt M. K. nie mieliby możliwości złożenia oferty. Z kolei bez udostępnienia zasobów przez M. K. oraz jego spółkę zależną wykonawca Bratania Sp. z o.o. nie miałby żadnej możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia, albowiem jak wynika z KRS Bratania Sp. Z o.o. została wpisana do KRS dopiero w dniu 14 listopada 2013 roku.

Uwzględniając powyższe, w ocenie Odwołującego, Bratania Sp. z o.o. złożyła nieprawdziwe oświadczenie co faktowi niepozostawania w grupie kapitałowej, co skutkowało winno wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania i w konsekwencji odrzuceniem jego oferty W ocenie Odwołującego, z literalnego brzmienia przepisu wynika, że przesłanka wykluczenia zachodzi, jeżeli złożono nieprawdziwe informacje, niezależnie od tego, czy było to działanie intencjonalne wykonawcy, czy też niezamierzona omyłka, błąd w ich przekazaniu. Złożone nieprawdziwe informacje będą skutkowały wykluczeniem tylko wtedy, kiedy mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Nie jest więc niezbędne wykazywanie, że przedstawienie informacji miało wpływ na wynik postępowania, a wystarczające jest wykazanie potencjalnego wpływu. Przez wynik postępowania bez wątplenia należy rozumieć wybór oferty najkorzystniejszej, jednakże w przypadku omawianej przesłanki tak wąskie ujęcie wydaje się nie odpowiadać celowi przepisu.

Odwołujący wskazał, że w jego ocenie złożenie nieprawdziwych informacji miało wpływ na wynik postępowania, albowiem przeprowadzenie wyjaśnień w trybie art. 24b umożliwiłyby wykluczenie Bratania Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu. W ocenie Odwołującego podanie nieprawdziwych informacji przez wykonawcę zwalnia zamawiającego z obowiązku wzywania do złożenia określonych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 sierpnia 2012 r. KIO 1602/12; KIO 1607/12; KIO 1613/12; KIO 1616/12; KIO 1617/12; KIO 1618/12). Procedura uzupełnienia dokumentów przewidziana w art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, znajduje zastosowanie jedynie do braku

dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a nie do dokumentów mających potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, zawierających informacje nieprawdziwe mające lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lipca 2012 r., KIO 1452/12). Przyczyny przedstawienia nieprawdziwej informacji pozostają bez znaczenia dla wywołania skutku wykluczenia wykonawcy z postępowania określonego w ww. przepisie (wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2011 r. (KIO 1078/11) i orzeczenia w nim przytoczone).

W ocenie Odwołującego z treści art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wynika, że Zamawiający musi wykluczyć z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. W ocenie Odwołującego, przepis ten, poza samym faktem złożenia nieprawdziwych informacji, dla swojej skuteczności nie odnosi się do żadnych dodatkowych okoliczności, które muszą zaistnieć po stronie wykonawcy, np. jego zamiaru, stopnia winy lub stanu świadomości. Zważyć należy, że art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie określa powodów złożenia nieprawdziwej informacji. Nie wskazuje, że podanie nieprawdziwych informacji musi być zawinione przez wykonawcę, ani nawet, że musi wynikać "z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2010 r. (KIO 1578/10). Za tą argumentacją może świadczyć również sposób sformułowania art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w porównaniu z treścią art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, gdzie zapisano, że Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Podobny zapis w analizowanym artykule rozwiłby wątpliwości interpretacyjne. Skutkiem powyższego stanowiska jest również twierdzenie, że brak jest możliwości konwalidowania czynności złożenia na etapie postępowania nieprawdziwych informacji, co potwierdzają orzeczenia: Wyrok KIO z dnia 15 września 2011 r. (KIO 1881/11), podobnie: Wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2011 r. (KIO 736/11), Wyrok KIO z dnia 14 lipca 2011 r. (KIO 1415/11).

Z ostrożności Odwołujący wskazał, że gdyby przyjąć odmienną wykładnię przesłanki wykluczenia z postępowania z powodu nieprawdziwych informacji, wówczas uzasadnione jest unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wezwanie Bratania Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień najpierw w trybie art. 26 ust. 2d w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 Ustawy Pzp, a następnie w trybie art. 24b Ustawy Pzp.

Wadium

Odwołujący wskazał, że wadium za wykonawcę Bratania Sp. z o.o. wniósł Pan A. K. . Stosownie do art. 45 ust. 1 ustawy Pzp i art. 70(4) kc, wadium stanowi określoną sumę pieniędzy lub odpowiednie zabezpieczenie zapłaty tej sumy, które musi być wpłacone przez wykonawcę składającego ofertę. W ocenie Odwołującego, skoro wadium wniósł Pan A. K. , a nie określono by Zamawiający miał możliwość korzystania z wadium tak jakby zostało ono złożone przez Bratania Sp. z o.o., czynność wniesienia wadium przez osobę trzecią jest bezskuteczna wobec Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że wniesienie wadium jest dokonane w chwili, gdy interesy zamawiającego postrzegane przez pryzmat celu wadium, są zabezpieczone. Skoro wadium nie należy do wykonawcy Bratania Sp. z o.o. wątpliwa jest możliwość jego zatrzymania przez Zamawiającego. Interesy Zamawiającego nie zostały zatem zabezpieczone w sposób przewidziany ustawą. Cel wadium, jakim jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego na wypadek zajścia określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp okoliczności nie został osiągnięty. W przypadku zatrzymania wadium przez Zamawiającego kwota ta przekształca się w zryczałtowane odszkodowanie i w takiej sytuacji musi istnieć, bądź tożsamość podmiotowa pomiędzy podmiotem wnoszącym odwołanie, a wykonawcą, któremu zatrzymuje się wadium, albo też musi istnieć oświadczenie tego podmiotu trzeciego, który przejmuje na siebie odpowiedzialność z tytułu zatrzymania kwoty wadium. Do uznania wadium w formie pieniężnej za skutecznie wniesione konieczne jest zaistnienie dwóch przesłanek: oświadczenie woli Wykonawcy o wniesieniu wadium i wpływ środków na rachunek bankowy wskazany przez Zamawiającego przed terminem składania ofert. Tymczasem z akt sprawy nie wynika ani by wolą Bratania Sp. z o.o. było zabezpieczenie własnej oferty wadium wniesionym przez osobę trzecią, oświadczenie takie nie wynika także z działań pana K. .

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba postanowiła dopuścić w niniejszym postępowaniu następujące dowody: (i) specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej „**SIWZ**”) na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia; (ii) protokół postępowania przetargowego z dnia 20 maja 2014 r. na okoliczność ustalenia wykonawców uczestniczących w postępowaniu oraz terminów otwarcia ofert, wyboru ofert najkorzystniejszej; (iii) ofertę Przystępującego na okoliczność ustalenia zakresu dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa oraz treści złożonej oferty; (iv) pismo Zamawiającego z dnia 2 kwietnia 2014 r. na okoliczność ustalenia wezwania Przystępującego do wyjaśnienia przyczyn zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa; (v) pismo Przystępującego datowane 4 kwietnia 2014 r. na okoliczność ustalenia przyczyn zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa; (vi) oświadczenie złożonego przez MK Projekt Sp. z o.o. oraz Info – Projekt M. K. z dnia 5 marca 2014 r. na okoliczność ustalenia zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa; (vii) pismo Zamawiającego z dnia 14 maja 2014 r. na okoliczność ustalenia wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części VI zamówienia; (viii) pismo Przystępującego z dnia 14 maja 2014 r. na okoliczność ustalenia daty wystąpienia do Zamawiającego o udostępnienie dokumentacji postępowania; (ix) pisma Przystępującego z dnia 28 maja 2014 r. na okoliczność ustalenia skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie udzielenie zamówienia publicznego pn. *Realizacja kontroli na miejscu metodą FOTO na terenie 16 województw.*

Odwołujący złożył ofertę w zakresie części VI zamówienia (województwo łódzkie) oraz części VII (województwo łódzkie) (dowód: protokół postępowania).

W zakresie części VII jako najkorzystniejszą ofertę został wybrana oferta Odwołującego (dowód: protokół postępowania). W zakresie części VI zamówienia została wybrana oferta Przystępującego. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu (dowód: protokół postępowania).

Zgodnie z treścią oferty Przystępującego następujące dokumenty zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa: (i) umowa o udostępnienie zasobów z MK Projekt Sp. z o.o. z dnia 5 marca 2014 r. – strona 23 – 24 oferty; (ii) oświadczenie o udostępnieniu zasobów złożone

przez MK Projekt Sp. z o.o. – strona 25 oferty; (iii) umowa o udostępnienie zasobów z Info – Projekt z dnia 5 marca 2014 r. – strona 26 – 27 oferty; (iv) oświadczenie o udostępnieniu zasobów złożone przez Info Projekt M. K. z dnia 5 marca 2014 r. – strona 28 oferty (v) oświadczenie – wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia strona 29 – 33 oferty; (vi) oświadczenie wykaz narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych w celu realizacji zamówienia – strona 34 – 37 oferty (dowód: oferta Przystępującego).

W dniu 2 kwietnia 2014 r. Zamawiający wezwał Odwoływającego do wyjaśnienia elementów zaoferowanej ceny oraz przesłanek uzasadniających zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa (dowód: pismo Zamawiającego z dnia 2 kwietnia 2014 r.)

Pismem z dnia 4 kwietnia 2014 r. Przystępujący przesłał odpowiedź na wezwanie Zamawiającego (dowód: pismo Przystępującego datowane 4 kwietnia 2014 r.)

Izba ustaliła, że wykonawca Info – Projekt M. K. oraz MK Projekt Sp. z o.o. złożyli oświadczenie, w którym zobowiązała Przystępującego do zachowania poufności umów, deklaracji i oświadczeń podpisanych i otrzymanych w roku 2014 r. (dowód: oświadczenie MK Projekt Sp. z o.o. oraz Info – Projekt M. K. z dnia 5 marca 2014 r.)

Zamawiający pismem z dnia 14 maja 2014 r. poinformował Odwoływającego, iż w zakresie części VI zamówienia została wybrana oferta Przystępującego (dowód: pismo Zamawiającego z dnia 14 maja 2014 r.)

Pismem z dnia 19 maja 2014 r. Odwoływający wezwał Zamawiającego do udostępnienia dokumentów zastrzeżonych przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa (dowód: pismo Odwoływającego datowane 19 maja 2014 r.)

Zamawiający udzielił odpowiedzi pismem datowanym 23 maja 2014 r., przesłanym do Odwoływającego w dniu 26 maja 2014 r. (dowód: pismo Zamawiającego z datowane 23 maja 2014 r.).

Pismem z dnia 14 maja 2014 r. Odwoływający wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie dokumentacji postępowania (dowód: pismo Przystępującego z dnia 14 maja 2014 r.). Dokumentacja postępowania została udostępniona Odwoływającemu w dniu 19 maja 2014 r.

Izba ustaliła, że na skutek przekazania w dniu 26 maja 2014 r. przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania do

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Bratania Sp. z o.o. („Przystępujący”) Wobec dokonania zgłoszenia w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

W dniu 5 czerwca 2014 r., podczas rozprawy Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający podniósł, iż w dniu 5 czerwca 2014 r. udostępnił Odwołującemu na wniosek spółki MK Projekt Sp. z o.o. dokumenty stanowiące dotychczas tajemnicę przedsiębiorstwa a oznaczone nr 23 – 28; 34 – 35.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba zważyła co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący - jako wykonawca, który złożył ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu - spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut dotyczący tajemnica przedsiębiorstwa i czynu nieuczciwej konkurencji

Dla rozstrzygnięcia zarzutu Odwołującego dotyczącego niezasadnego zastrzeżenia informacji od strony 23 do strony 37 oferty Przystępującego kluczowe znaczenie miała czynność Zamawiającego dokonana w dniu 5 czerwca 2014 r. Zamawiający bowiem udostępnił Przystępującemu część dokumentów uprzednio zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Izba ustaliła, że informacja, która nie została odtajniona to treść §6 umowy o udostępnienie zasobów pomiędzy Przystępującym oraz MK Projekt Sp. z o.o. oraz Info – Projekt M. K. dotyczącej wartości wynagrodzenia z tytułu udostępnienia zasobów oraz oświadczenie – wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia tj. strona 29 – 33 oferty Przystępującego.

Powyższa sytuacja ma zasadniczy wpływ na proces orzekania. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter kontradyktoryjny, zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, polegającym na rozstrzygnięciu sporu pomiędzy odwołującym a zamawiającym. W sytuacji, gdy co do części podniesionych zarzutów, spór nie istnieje, to prowadzenie postępowania w tym zakresie staje się bezprzedmiotowe. W przypadku częściowego uwzględnienia zarzutów, Izba nie może dokonać częściowego umorzenia postępowania, gdyż przepisu ustawy Pzp nie przyznają takiej możliwości.

Należy zauważyć, że ustawa Pzp nie nakazuje zamawiającemu powstrzymania się o dokonywania czynności po wniesieniu odwołania, w tym do uwzględnienia części zarzutów podniesionych w odwołaniu. Takie działanie Zamawiającego należy uznać za skuteczne i następuje z chwilą poinformowania odwołującego o jego dokonaniu. W konsekwencji orzekanie w zakresie już nieistniejącego przedmiotu sporu byłoby, w ocenie Izby, naruszeniem ratio legis ustawy Pzp i stałoby w sprzeczności z treścią art. 191 ust. 2 ustawy Pzp. Izba dokonuje bowiem oceny mając na uwadze stan sprawy istniejący w chwili orzekania czyli istniejące w chwili orzekania okoliczności faktyczne i prawne. W ocenie Izby, w przypadku podjęcia przez Zamawiającego czynności skutkujących uwzględnieniem części zarzutów podniesionych w odwołaniu, istotnym aspektem dalszego procedowania jest działanie odwołującego, który winien był poddać racjonalnej analizie pozostałe zarzuty jak i sens ich dalszego podtrzymywania, mając na uwadze możliwość uznania przez Izbę ich niezasadności, a w konsekwencji oddalenia całego odwołania i obciążenia kosztami postępowania Odwołującego.

W ocenie Izby, po dokonania odtajnienia przez Zamawiającego części dokumentów uprzednio zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa (tj. stron nr 23 – 28; 34 – 35 oferty Przystępującego), pomiędzy stronami postępowania nie istniał spór już w tym zakresie, a w konsekwencji prowadzenia postępowania byłoby bezprzedmiotowe. Spór natomiast istniał nadal w zakresie braku odtajnienia przez Zamawiającego informacji dotyczącej wartości wynagrodzenia w umowach o udostępnienie zasobów przez MK Projekt Sp. z o.o. oraz Info – Projekt M. K. oraz wykazu osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia tj strony 29 – 33 oferty Przystępującego i w tym zakresie należało rozstrzygnąć spór pomiędzy stronami.

Wykaz osób (strona 29 – 31 ofert)

W odniesieniu do wykazu osób Izba uznała, że dokument ten może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa zawiera bowiem informację o sposobie organizacji kadrowego zaplecza Przystępującego. Wskazuje on osoby z imienia i nazwiska, z podaniem informacji nie tylko co do kwalifikacji, ale także sposobu dysponowania osobą i jej roli w realizacji inwestycji. W ocenie Izby ochronie może podlegać w tym przypadku zbiór tych wszystkich informacji, gdyż Przystępujący funkcjonuje na rynku usług, a jakość, renomę przedsiębiorstwa w sektorze usługowym buduje prawidłowy sposób doboru osób tę usługę realizujących. To dobór osób wchodzących w skład przedsiębiorstwa Przystępującego lub osób, którymi Przystępujący dysponuje ma kluczowe znaczenie dla realizacji usługi. W ocenie Izby fakt, że w przyszłości na etapie realizacji zamówienia publicznego skład osobowy zespołu realizującego usługę może stać się jawny nie powoduje automatycznie, że odpada możliwość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie można odmówić wykonawcy prawa do decydowania w jakim momencie będzie on gotowy do ujawnienia sposobu doboru osób do realizacji zamówienia. Utrzymanie w tym zakresie poufności do czasu co najmniej zawarcia umowy, może mieć wymiar gospodarczy - możliwe jest zaproponowanie tego samego zestawu osobowego w innym podobnym postępowaniu w przypadku nie uzyskania zamówienia. Nie bez znaczenia jest także podniesiona przez Przystępującego okoliczność obawy przed podkupywaniem pracowników. W ocenie Izby, utrzymanie danych osobowych wskazanych osób może chronić tak przedsiębiorcę jak i wskazane osoby przed próbą ich pozyskania przez konkurencję. W odniesieniu do przedsiębiorcy zachowanie poufności może oszczędzić mu kosztów w przypadku konieczności ponownego kompletowania zespołu w sytuacji podkupienia pracowników. W ocenie Izby ma to znaczenie w przypadku przedmiotowego postępowania, gdzie Zamawiający wymagał, aby w przypadku, gdy wykonawca składa ofertę na więcej niż jedną część zamówienia, osoby wskazane w wykazie osób do realizacji zamówienia nie mogły się powtarzać w poszczególnych częściach. W zakresie części VI oraz VII zamówienia, Zamawiający wymagał od każdego z wykonawców dysponowania 25 wykwalifikowanymi pracownikami. W ocenie Izby, Przystępujący miał zasadne prawo przyjąć, że wobec tak sformułowanych wymagań Zamawiającego, istnieje realna ryzyko możliwości „pokupowania” pracowników pomiędzy poszczególnymi wykonawcami. Izba przyjęła za słuszne również stanowisko Przystępującego, że zgodnie z umową wykonawca zobowiązuje się do wykonania pakietów zwrotnych dla Zamawiającego w ciągu 50 dni roboczych i zakończenia prac terenowych w ciągu 35 dni roboczych. Tak krótkie terminy realizacji umowy powodują, że doświadczony pracownik realizujący kontrole terenowe w poprzednich latach jest cenionym i niezbędnym warunkiem do prawidłowego wykonania

zamówienia. Słusznie również podkreślił Przystępujący, że szkolenie osób nieposiadających odpowiedniego doświadczenia jest czasochłonne i kosztowne. Odwołujący nie przedstawił zaś odmiennej argumentacji ani dowodów, aby zaprzeczyć twierdzeniem Przystępującego.

Zatem opatrzenie wykazu osób klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa jest zasadne.

Informacja dotycząca kwoty wynagrodzenia z tytułu udostępnienia zasobów przed podmiot trzeci

W ocenie Izby, informacja taka została niezasadnie zastrzeżona przez Przystępującego. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał jaką wartość gospodarczą ma dla Przystępującego zastrzeżona informacja. Zamawiający wskazał podczas rozprawy, że odtajnienie informacji dotyczącej wynagrodzenia spowoduje, że inni wykonawcy będą mogli zapłacić więcej lub mniej za wykonane usługi. W ocenie Izby, Zamawiający nie wskazał na żadne obiektywne okoliczności, z których wynikałoby, iż kwota wynagrodzenia mogłaby być wykorzystana przez Odwołującego ze szkodą dla Przystępującego albo że znając kwotę wynagrodzenia Odwołujący mógłby osiągnąć jakikolwiek zysk kosztem Przystępującego.

Wobec powyższego Izba stanęła na stanowisko, iż zastrzeżenie informacji dotyczącej kwoty wynagrodzenia w umowie o udostępnienie zasobów było niezasadne i informacja taka powinna być przekazana wszystkim wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

Jednocześnie Izba uznała, że powyższe naruszenie art. 8 ust. 1 ustawy Pzp nie może mieć istotnego wpływu na wyniki postępowania, który jest wymagany zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby, odtajnione przez Zamawiającego dokumenty w zakresie udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego, nawet bez informacji o kwocie wynagrodzenia umożliwiają Odwołującemu ich ocenę i ewentualne sformułowanie zarzutów co to ich treści.

Co do zarzutu Odwołującego dotyczącego naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień celem ustalenia zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w ocenie Izby, zarzut nie potwierdził się. Jak wynika z akt postępowania, Zamawiający pismem z dnia 2 kwietnia 2014 r. wystąpił do Przystępującego o udzielenie niezbędnych wyjaśnień. Wobec powyższego, zarzut należy uznać za niezasadny.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji

Zgodnie bowiem z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (tj. Dz. U. 2003 r. Nr 153, poz. 1503), czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

W zakresie omawianego zarzuty wskazać należy, że Odwołujący w treści odwołania twierdził, że utajnienie dokumentów, które co do zasady nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby, Odwołujący nie udowodnił, iż zastrzeżenie informacji przez Przystępującego utrudnia dostęp do rynku poprzez podjęcie przez tego wykonawcę działań, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z danego rynku, uległa ograniczeniu. W ocenie Izby, zastrzeżenie informacji przez Przystępującego nie uniemożliwiło żadnemu z wykonawców złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu. Każdy z wykonawców miał takie prawo i nie było one w żaden sposób uwarunkowane znajomością treści oferty Przystępującego. Ponadto, wskazać należy, że dla uznania czynu danego przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji istotne jest określenie czy dane działanie wynika z istoty konkurencji czy też jest podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji. W przedmiotowej sprawie działanie Przystępującego, w ocenie Izby, może być uzasadnianie istotą konkurencji. Przedsiębiorca ma bowiem prawo zastrzeżenia istotnych informacji, tak aby nie było one dostępne konkurencji. To czy działanie takie było słuszne czy nie, pozostaje kwestią ocenną Izby. Nie można jednak z góry odmówić wykonawcy prawa do korzystania z przysługujących mu środków prawnych zmierzających do ochrony poszczególnych informacji, które w jego ocenie mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa niedostępną innym przedsiębiorcom działającym na rynku. Działanie takie znajduje swoje uzasadnienie w mechanizmie wolnej konkurencji. W konsekwencji, w ocenie Izby, powyższy zarzut nie potwierdził się.

Zarzut dotyczące istnienia grupy kapitałowej i podania nieprawdziwych informacji

Izba wskazuje, iż zgodnie z dodanym przepisem art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.). (dalej „**ustawa o ochronie konkurencji**”), złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba, że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z definicją zawartą w art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji grupę kapitałową tworzą wszyscy przedsiębiorcy, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę włącznie z tym przedsiębiorcą. Grupa kapitałowa składa się więc z przedsiębiorcy dominującego (w rozumieniu definicji legalnej z art. 4 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji) oraz przedsiębiorców od niego zależnych. W doktrynie wskazuje się, iż istotą grupy kapitałowej jest wspólne działanie podmiotów posiadających odrębną osobowość prawną, przy jednoczesnym braku posiadania takiej osobowości przez utworzoną przez te podmioty grupę kapitałową. Z art. 4 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji wynika, iż przez przejęcie kontroli należy rozumieć wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców. Słuszne jest stanowisko Odwołującego, że dla wykazania kontroli wystarczające jest wykazanie samej możliwości wywierania decydującego wpływu. Możliwość taką należy jednak udowodnić. W ustawie o ochronie konkurencji brak jest definicji legalnej pojęcia „decydujący wpływ”. Wskazuje się w literaturze przedmiotu, iż pojęcie to ma charakter szeroki i odnosić się winno zarówno do działalności zewnętrznej jak i wewnętrznej przedsiębiorstwa (np. podejmowanie decyzji operacyjnych i strategicznych, rozstrzyganie o funkcjonowaniu i rozwoju danego przedsiębiorstwa, zamiaru dysponowania większością głosów, zamiar powoływania członków organów korporacyjnych).

W celu uzyskania przez zamawiającego wiedzy na temat powiązań kapitałowych pomiędzy wykonawcami, wykonawca, wraz z wnioskiem lub ofertą, winien złożyć listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej.

W przedmiotowym postępowaniu Przystępujący oświadczył, iż nie należy do grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji. Zdaniem Izby z materiału

dowodowego zgromadzonego w niniejszym postępowaniu nie wynika, iż Przystępujący należy on do grupy kapitałowej w myśl ustawy o ochronie konkurencji.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że analiza art. 4 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji wskazuje, iż w celu ustalenia czy doszło do przejęcia kontroli nad danym przedsiębiorcą konieczne jest wskazanie na określone uprawnienia danego przedsiębiorcy, które przy uwzględnieniu wszelkich okoliczności faktycznych oraz prawnych mogą umożliwiać mu wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców

Odwołujący argumentował, że Przystępujący należy do grupy kapitałowej M. K. . Na potwierdzenie powyższego twierdzenia Odwołujący wskazał na następujące okoliczności: (i) na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu Przystępujący przedłożył wykaz usług realizowanych na rzecz Zamawiającego przez Info Projekt M. K. oraz MK Projekt Sp. z o.o.; (ii) jako osoba do kontaktów w treści oferty Przystępującego została wskazana osoba M. K. wraz z adresem, który jest jednocześnie adresem spółki MK Projekt Sp. z o.o., czyli spółki w której 100% udziałowcem oraz jedynym członkiem zarządu jest pan M. K. ; (iii) spółka MK Projekt Sp. z o.o. posiada oddział w N. K. przy ul. Dąbrowskiego 2 tj. w miejscu siedziby Przystępującego; (iv) nr faksu do kontaktu Przystępującego oraz spółki MK Projekt Sp. z o.o. jest taki sam; (v) druga z usług wskazana w wykazie usług była wykonana przez pana M. K. wykonującego działalność pod nazwą Info Projekt M. K. , który prowadzi działalność pod tym samym adresem co spółka MK Projekt Sp. z o.o.

W ocenie Izby, żadna z powyższych okoliczności nie potwierdza, że pan M. K. posiada jakiegokolwiek uprawnienia, które bezpośrednio lub pośrednio umożliwiają mu wybieranie decydującego wpływu na Przystępującego. Po pierwsze, należy zauważyć, że Odwołujący nie wskazał, na żadne okoliczności prawne istniejące pomiędzy Przystępującym oraz panem M. K. . Odwołujący przedłożył odpis z Krajowego Rejestru Sądowego dla Przystępującego, który potwierdza, że pan M. K. nie jest wspólnikiem Przystępującego. Poza bezspornym faktem, iż pan M. K. oraz pan A. K. są braćmi, nie zostały wykazane przez Odwołującego jakiegokolwiek inne okoliczności prawne, które mogłyby wskazywać na posiadania przez pana M. K. szczególnych uprawnień umożliwiających mu wywieranie wpływu na działalność Przystępującego. Skoro pan M. K. nie jest wspólnikiem Przystępującego, nie może posiadać szczególnych uprawnień jakie mogą być przyznane wspólnikom spółek ograniczoną odpowiedzialnością zgodnie z przepisami Kodeksu spółek handlowych. Odwołujący nie wskazał na istnienie porozumień lub umów pomiędzy Przystępującym a panem M. K. dotyczących prowadzenia przedsiębiorstwa

Przystępującego, które uprawniałby pana M. K. do decydowania o strategicznych decyzjach spółki.

Wobec braku wskazania przez Odwołującego na istnienie powiązań prawnych pomiędzy Przystępującym a panem M. K., należało ustalić czy wskazane przez Odwołującego okoliczności faktyczne uzasadniają twierdzenie o istnieniu grupy kapitałowej pana M. K., w skład której wchodziłby Przystępujący. W ocenie Izby, brak jest podstaw do uznania słuszności twierdzeń Odwołującego. Co do pierwszej okoliczności faktycznej wskazanej przez Odwołującego (tj. zamieszczenie danych osobowych pana M. K. na pierwszej stronie oferty Przystępującego jako osobę do kontaktu), Izba uznała w tym zakresie za wiarygodne wyjaśnienia Przystępującego, iż stanowi to oczywistą omyłkę pisarską na co wskazują nie tylko pozostałe dane zawarte na tej samej stronie oferty (adres e-mail oraz telefon pana A. a K.), ale także dalsza część oferty (na stronie 4 wskazani pana A. a K. jako osobę do kontaktu). Podobnie na stronie 2 formularza ofertowego wskazano pana A. a K. jako osobę odpowiedzialną do kontaktu. Przystępujący wskazał, że oczywista omyłka pisarska wynikała z faktu, że Przystępujący korzystał ze wzorca strony tytułowej, którą współtworzył w poprzednich latach będąc zatrudniony w spółce Info – Projekt Sp. z o.o.

Co do okoliczności faktycznej wskazanej przez Odwołującego a dotyczącej identycznych adresów do kontaktu wskazanych przez Przystępującego oraz spółkę MK Projekt Sp. z o.o. Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach wskazał, że podany adres jest jednocześnie miejscem zamieszkania współników Przystępującego więc naturalnym było wskazanie go również jako adresu to korespondencji. Jak wskazał Przystępujący w przeszłości był to również adres zamieszkania pana M. K. dlatego adres ten jest widoczny w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej. Izba uznała wyjaśnienia Przystępującego za wiarygodne. Ponadto należy podkreślić, że sam fakt tożsamości adresu do kontaktu w ofercie Przystępującego oraz konsorcjum spółki MK – Projekt Sp. z o.o. oraz Info – Projekt M. K. nie uzasadnia przyjęcia, że pan M. K. przejął kontrolę, w sposób bezpośredni lub pośredni, nad Przystępującym. Posiadanie wspólnego adresu jest okolicznością występującą w działalności gospodarczej i często wynika z chęci ograniczenia kosztów związanych z działalnością gospodarczą. Powszechną praktyką jest wspólne wynajmowanie biura przez kilku przedsiębiorców w celu ograniczenia kosztów. Bezpodstawne byłoby przyjęcie, iż pan M. K. wskazując ten sam adres do kontaktu posiada jednocześnie możliwość sprawowania kontroli nad Przystępującym. Powyższa okoliczność wskazuje na istnienie powiązań organizacyjnych pomiędzy tymi podmiotami, lecz okoliczności te w żaden sposób nie wskazują na możliwość podejmowania przez Pana M. K. strategicznych decyzji dotyczących działalności Przystępującego. Wskazać należy, że Przystępujący działa

w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Siedziby spółek znajdują się pod innym adresem, a fakt wskazania tego samego adres to korespondencji jest w ocenie Izby, tylko rozwiązaniem logistycznym, nie udowadniającym w żaden sposób możliwości przejęcia kontroli na Przystępującym.

Co do okoliczności wskazanej przez Odwołującego, iż na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu Przystępujący przedłożył wykaz usług realizowanych na rzecz Zamawiającego przez Info Project M. K. oraz MK Projekt Sp. z o.o., w ocenie Izby takie działanie było zgodne z postanowieniami SIWZ oraz przepisami ustawy Pzp. Wykonawca ma prawo korzystać z potencjału podmiotu trzeciego, co uczynił Przystępujący w przedmiotowym postępowaniu przetargowy. Odwołujący nie wyjaśnił w żaden sposób dlaczego fakt korzystania z zasobów pana M. K. powoduje, iż posiada ona możliwość wywierania decydującego wpływu na działalność Przystępującego. Udostępnienie zasobów nastąpiło na podstawie umowy cywilno – prawnej, która reguluje wzajemne prawo i obowiązki stron. Izba nie odnalazła w treści umów o udostępnienie zasobów jakichkolwiek klauzul, które świadczyłyby o tym, iż pan M. K. ma jednostronne prawo do decydowania o sposobie czy też warunkach wykorzystania zasobów, co mogłoby wskazywać na istnienie szczególnych uprawnień pana M. K. . W konsekwencji, Izba uznała, że przywołana przez Odwołującego okoliczność w żaden sposób nie udowadnia, iż pan M. K. ma możliwość wywierania decydującego wpływu na działalność Przystępującego.

Tym samym, w ocenie Izby, Przystępujący składając oświadczenie o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, złożył je w zgodzie z obowiązującymi przepisami. W konsekwencji, Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 24b ustawy Pzp nie potwierdził się. W ocenie Izby, w świetle powyższych ustaleń, Zamawiający nie miał obowiązku wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień co do przynależności Przystępującego do rzekomej grupy kapitałowej M. K. .

Co do zarzutu podania nieprawdziwych informacji o braku przynależności przez Przystępującego do grupy kapitałowej. Wobec uznania przez Izbę, że oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej jest prawidłowe, zarzut podania nieprawdziwych informacji Izba uznała za bezprzedmiotowy.

Izba uznała wniosek dowodowy o przesłuchanie pani A. K. jako zmierzający jedynie do przewlekłości postępowania. Jak wynika z odpisu KRS dla Przystępującego pani A. K. nie jest członkiem organów korporacyjnych Przystępującego. Nie została również ustanowiona prokurentem Przystępującego. Zgodnie z art. 201 §1 Kodeksu spółek

handlowych, zarząd prowadzi sprawy i reprezentuje spółkę. W konsekwencji, to członkowie zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością mają umocowanie prawne do prowadzenia spraw spółki i mogliby ewentualnie zeznawać co do przebiegu współpracy pomiędzy Przystępującym a spółką MK Projekt Sp. z o.o. i możliwości wywierania wpływu przez tą spółkę na działalność Przystępującego.

Co do wniosku dowodowego o przesłuchanie w charakterze świadka pana M. K. , Izba również uznała, że wniosek ten został zgłoszony jedynie dla zwłoki. W ocenie Izby, początek dowodu co do istnienia grupy kapitałowej pana M. K. powinien być wskazany w treści odwołania. Izba nie znajduje takich podstaw w treści odwołania. Po pierwsze, należy zauważyć, że zgodnie z ustawą o ochronie konkurencji, sam fakt pokrewieństwa (tj. bycia braćmi) nie stanowi przesłanki do uznania Przystępującego za podmiot wchodzący w skład grupy kapitałowej pana M. K. . Pozostałe okoliczności wskazane przez Odwołującego na potwierdzenie tezy o istnieniu grupy kapitałowej pana M. K. Izba uznała za okoliczności natury organizacyjnej, często uzasadnione oszczędnościami finansowymi wprowadzanymi przez przedsiębiorców, a w przedmiotowym postępowaniu również faktem, iż obaj bracia prowadzili wspólne przedsiębiorstwo przez długi okres czasu. Jak zostało wskazane powyżej, powszechną praktyką jest dzielenie przez przedsiębiorców powierzchni biurowych, korzystanie z tym samym adresów do doręczeń. Działania te mają podłoże ekonomiczne, a doszukiwanie się w nich przez Przystępującego daleko idących konsekwencji w postaci możliwości wywierania decydującego wpływu na działalność danego przedsiębiorstwa nie znajduje, w ocenie Izby, żadnych podstaw. Izba uznała za wiarygodnie wyjaśnienia złożone przez Przystępującego w piśmie procesowym z dnia 30 maja 2014 r. Odwołującego nie wskazał w treści odwołania na żadne realne źródła kontroli działalności Przystępującego przez pana M. K. . Nie zostały wskazane żadne uprawnienia, które przysługują panu M. K. emu i które uzasadniałyby wezwanie go na rozprawę w celu przesłuchania na okoliczności wskazane przez Odwołującego. Jednocześnie Izba zaznacza, że choć nie jest w jej kompetencji snucie domniemań, to argument Odwołującego jakoby zeznania pod rygorem odpowiedzialności karnej złożone przez wnioskowanych świadków miały potwierdzić istnienie innej rzeczywistości niż tej opisanej w piśmie Przystępującego z dnia 30 maja 2014 r. można obalić poprzez równie hipotetyczny argument, iż osoby te nie miały obowiązku składania zeznań na podstawie art. 261 §1 Kodeksu postępowania cywilnego.

Co do wniosku dowodowego o przesłuchanie w charakterze świadka lub strony pana A. a K. , Izba również uznała, że wniosek ten zmierza jedynie do przewlekłości postępowania. Odwołujący argumentowała, że Przystępujący zeznając pod rygorem odpowiedzialności karnej może zeznawać odmiennie niż w treści pisma procesowego z dnia 30 maja 2014 r. W

ocenie Izby, po pierwsze należy zauważyć, że Przystępującego w postępowaniu odwoławczym należy uznać za współuczestnika jednolitego w rozumieniu art. 73 ust. 2 Kodeksu postępowania cywilnego. W konsekwencji, może on zostać przesłuchany tylko w charakterze strony. Po drugie, co do zasady, zgodnie z art. 304 Kodeksu postępowania cywilnego, osoba zeznająca w charakterze strony jest pouczone o obowiązku zeznawania prawdy. Dlatego też Izba stanęła na stanowisku, że argumentacja Odwołującego o możliwości zeznawania przez pana A. a K. odmiennie niż w treści pisma procesowego z dnia 30 maja 2014 r. jest niezasadna. Ponadto, Izba uznała, iż podobnie jak w przypadku wniosku o przesłuchanie pana M. K. , odwołujący nie wskazał w treści odwołania początku dowodu co do istnienia grupy kapitałowej M. K. , co uzasadniało oddalenie wniosku dowodowego.

Zarzut dotyczący nieskutecznego wniesienia wadium

Podczas rozprawy Odwołujący cofnął zarzuty dotyczący nieskutecznego wniesienia wadium przez Przystępującego. W związku z oświadczeniem Przystępującego złożonym do protokołu podczas rozprawy, Izba uznała rozpatrzenie zarzutu za bezprzedmiotowe.

Zarzut dotyczący niespełnienia warunków udziału w postępowaniu i podania nieprawdziwych informacji

Odwołujący zarzucił Zamawiający, iż zaniechał czynności wykluczenia Przystępującego z postępowania, w związku z niewykazaniem spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania narzędziami i urządzeniami technicznymi do realizacji przedmiotu zamówienia oraz osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, czym Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz zaniechał wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień co do treści dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Na poparcie powyższych zarzutów, Odwołujący wskazał, że w jego ocenie i według powszechnie dostępnej wiedzy, Przystępujący nie realizował w przeszłości zamówienia, które pozwoliłoby mu samodzielnie spełnić wymagania określone w SIWZ. Ponadto, Odwołujący wskazał, że bez udostępnienia zasobów przez M. K. oraz jego spółkę zależną, Przystępujący nie miałby żadnej możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia, albowiem jak wynika z odpisu KRS, Przystępujący został wpisany do KRS w dniu 14 listopada 2014 r.

Izba wskazuje, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. O treści zarzutu decydują wskazane przez odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane w uzasadnieniu, jak i przypisana im kwalifikacja prawna. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w G. z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, "O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej."

W ocenie Izby, wskazana przez Odwołującego podstawa faktyczna powyższych zarzutów w żadnej sposób nie udowadnia naruszenia przepisów ustawy Pzp. Fakt, że Przystępujący został utworzony w listopadzie 2014 r. sam w sobie nie stanowi dowodu na to, że nie spełnia on warunków określonych w postępowaniu. Nie zobowiązuje również Zamawiającego do wystąpienia do wykonawcy w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp o złożenie wyjaśnień. W ocenie Izby, zgłoszony zarzut należy uznać za przedwczesny. Skoro, jak sam potwierdza Odwołujący w treści odwołania, Przystępujący w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu korzystał z zasobów podmiotu trzeciego, a treść samego zobowiązania do udostępnienia takich zasobów została utajniona przez Zamawiającego, to w ocenie Izby, dopiero po uzyskaniu dostępu do zastrzeżonych dokumentów, Odwołujący będzie miał możliwość sformułowania ewentualnych zarzutów co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego. Dopiero udostępnienie dokumentacji Odwołującego umożliwi mu przeanalizowanie rzeczywistego dostępu przez Przystępującego do zasobów podmiotu trzeciego i ocenę czy są spełnione w ten sposób warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego.

W związku z powyższych, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości

i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: