

Wyrok
z dnia 12 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 7 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2018 r. przez wykonawcę **A.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Starpol Meble, ul. Hugona Kołłątaja 100, 24-100 Puławy**

w postępowaniu prowadzonym przez **Muzeum Sztuki w Łodzi, ul. Więckowskiego 36, 90-734 Łódź**

przy udziale wykonawcy **Tronus Polska Sp. z o.o., ul. Ordona 2A, 01-237 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazuje przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert, a w jej wyniku wykluczenie wykonawcy **Tronus Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Tronus Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Tronus Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Tronus Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz wykonawcy **A.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą A.K. Starpol Meble, ul. Hugona Kołłątaja 100, 24-100 Puławy** kwotę **19 249 zł 60 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy dwieście czterdzieści dziewięć złotych sześćdziesiąt groszy), w tym 15 000 zł 00 gr tytułem zwrotu uiszczanego wpisu, 3 600 zł tytułu wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz 649,60 zł tytułem zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Muzeum Sztuki w Łodzi prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Dostawę wyposażenia do projektu rewitalizacja infrastruktury Muzeum Sztuki w Łodzi — Gdańska 43 , nr rep AG.271.07.2017. Przedmiot zamówienia podzielono na 3 pakiety: 1) regały metalowe, 2) krzesła, 3) meble biurowe.

Odwołujący się: A.K., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą A.K. STARPOL MEBLE, Puławy, wniósł odwołanie w zakresie zadania — „Pakiet - meble biurowe”, od - czynności wyboru oferty Tronus Polska sp. z o.o, w sytuacji, gdy wykonawca ten powinien być z postępowania wykluczony z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej;

— od zaniechania wykluczenia z postępowania ww wskutek tego, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa względnie lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, co miało wpływ na decyzje Zamawiającego w postępowaniu;

— od zaniechania odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu dokumentów załączonych do pisma Tronus Polska z 15 stycznia 2018 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, jak również wyjaśnień wykonawcy dot. rażąco niskiej ceny przedstawionych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 7 listopada 2017 r.

— od zaniechania unieważnienia podjętej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej i zaniechania dokonania ponownego badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, pomimo powzięcia w dniu 25 stycznia 2018 r., po otrzymaniu pisma Odwołującego, informacji wskazujących na niespełnienie przez wykonawcę Tronus Polska sp. z o.o. warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej;

II. Zamawiającemu zarzuca naruszenie przepisów Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania, tj.:

1) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Tronus Polska sp. z o.o., który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji

ekonomicznej lub finansowej określonego w Rozdziale 5 pkt 1 lit. A „SIWZ” dla Pakietu meble biurowe;

2) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Tronus, który nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określonego w Rozdziale 5 pkt 1 SIWZ dla Pakietu meble biurowe;

3) art. 26 ust. 3 i 4 Pzp w zw. z art. 25a ust. 1, 2 i 3 Pzp przez naruszenie zasady składania oświadczeń i dokumentów przez wykonawcę Tronus oraz przyjęcie i poddanie ocenie zupełnie nowego oświadczenia (JEDZ) podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby, złożonego w formie jednolitego dokumentu, dopiero na etapie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu (a na dodatek bez wezwania zamawiającego), pomimo że wykonawca Tronus Polska razem z ofertą złożył oświadczenie JEDZ odmienne, wskazujące w swej treści, iż samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu bez korzystania z zasobów podmiotu trzeciego;

4) art. 24 ust 1 pkt 16 względnie pkt 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Tronus Polska, w sytuacji, gdy wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa względnie lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, co miało wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

5) art. 8 ust 1, 2, 3 Pzp oraz art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r, Nr 153, poz. 1503 z zm.) przez:

a) nieuzasadnione przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez Tronus Polska, a zawarte w dokumentach złożonych przy piśmie z 15 stycznia 2018 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz zaniechanie odtajnienia tych dokumentów pomimo, że wykonawca Tronus nie wykazał, że dane w tych dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,

b) zaniechanie odtajnienia pisma wykonawcy Tronus Polska zawierającego wyjaśnienia wykonawcy dot. rażąco niskiej ceny, przedstawione w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 7.11.2017 r., pomimo, że wykonawca Tronus nie wykazał, że informacje zawarte w tych wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

III. Wskazując na powyższe zarzuty, wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Tronus jako najkorzystniejszej w zakresie pakietu meble biurowe;

2) ponownego zbadania i dokonania oceny złożonych w postępowaniu (w zakresie pakietu meble biurowe) ofert wykonawców, w tym oferty Odwołującego;

3) wykluczenia z postępowania wykonawcy Tronus z powodu niespełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej określonych w SIWZ a nadto z powodu wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji odnośnie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej;

4) odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu dokumentów złożonych przez wykonawcę Tronus Polska przy piśmie z 15 stycznia 2018 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 9 stycznia 2018 r. oraz pisma wykonawcy Tronus zawierającego wyjaśnienia dot. rażąco niskiej ceny, przedstawione w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 7.11.2017 r.

Poprzez niezgodne z prawem dokonanie wyboru oferty Tronus Polska sp. z o. o. i niewybranie oferty Odwołującego, Zamawiający naruszył przepisy Pzp oraz pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w faxem 18 stycznia 2018 r.

UZASADNIENIE

W toku postępowania do Zamawiającego, przed upływem wyznaczonego terminu, tj. 31 października 2017 r. wpłynęły oferty 7 Wykonawców. Dla pakietu nr 3 — meble biurowe swoje oferty złożyli:

- 1) Tronus Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie
- 2) STARPOL MEBLE A.K. w Puławach
- 3) Mikomax 3 Meble Biurowe sp. z o.o. w Łodzi

W następstwie czynności badania i oceny złożonych w toku postępowania ofert, Zamawiający w dniu 18 stycznia 2018 r. dokonał wyboru jako najkorzystniejszej w zakresie Zadania pakiet meble biurowe ofertę Wykonawcy — Tronus Polska sp. z o.o. Oferta została przez Zamawiającego, zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert, oceniona najwyżej.

W ocenie Odwołującego, dokonane przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, a następnie wyboru oferty najkorzystniejszej, zostały dokonane z naruszeniem przepisów Pzp, bowiem wykonawca — Tronus Polska sp. z o.o. podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej określonych w SIWZ, a nadto z powodu wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji odnośnie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Ponadto, Zamawiający naruszył przepisy Pzp niezasadnie przyjmując, że informacje zastrzeżone przez Tronus Polska sp. z o.o., a zawarte w dokumentach złożonych przy piśmie dnia 15 stycznia 2018 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz niezasadnie zaniechał odtajnienia tych dokumentów i

udostępnienia ich Odwołującemu pomimo, że wykonawca Tronus Polska sp. z o.o. nie wykazał, że dane zawarte w tych dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Podobnie, niezgodne z Pzp było zaniechanie odtajnienia pisma wykonawcy Tronus Polska sp. z o.o. zawierającego wyjaśnienia wykonawcy dot. rażąco niskiej ceny, przedstawione w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 7 listopada 2017 r., bowiem wykonawca Tronus Polska sp. z o.o. nie wykazał, że informacje zawarte w tych wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

I. Brak spełnienia przez wykonawcę Tronus Polska sp. z o.o. warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej, naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 25a ust. 1, 2 i 3 Pzp.

Dokonując wyboru oferty Tronus Polska sp. z o.o. Zamawiający bezzasadnie przyjął, że wykonawca ten wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej, sformułowany w Rozdziale 5 pkt 1 lit. A SIWZ.

U podstaw uznania przez Zamawiającego że wykonawca - Tronus Polska wykazał spełnienie warunku dot. sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 800.000,00 zł legło bezzasadne wzięcie pod uwagę potencjału udostępnionego temu wykonawcy przez podmiot trzeci, na którego zasoby w tym zakresie wykonawca powołał się, składając w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia JEDZ w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z dnia 17 listopada 2017 r. nowy formularz JEDZ pomimo, iż w formularzu JEDZ złożonym wraz z ofertą Wykonawca zadeklarował, że nie będzie korzystał z zasobów podmiotów trzecich. Dokonując zmiany pierwotnie złożonego oświadczenia JEDZ w zakresie polegania na zdolnościach innych podmiotów w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, Wykonawca nie przedłożył równocześnie ze zmienionym oświadczeniem własnym JEDZ również JEDZ podmiotu trzeciego, na zdolnościach którego zamierzał polegać oraz zobowiązania do udostępniania zasobów — dokumenty te zostały przez Wykonawcę przedłożone dopiero w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień, w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, wystosowane przez Zamawiającego w dniu 23 listopada 2017 r.

W ocenie Odwołującego, jeżeli w złożonym wraz z ofertą dokumencie JEDZ znajdowała się deklaracja wykonawcy, że wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie polega na zasobach podmiotów trzecich, wykonawca ten nie mógł po otwarciu ofert zmienić swojego pierwotnego oświadczenia i powołać się na zasoby podmiotu trzeciego, przedkładając oświadczenie JEDZ tego podmiotu na zasobach którego polegał samowolnie, dopiero w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, dot. rozbieżności w treści oświadczenia JEDZ złożonego pierwotnie z ofertą (gdzie wykonawca wskazał, że nie będzie polegał na zasobach podmiotów trzecich) z treścią

oświadczenia JEDZ złożonego w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp (gdzie wykonawca wskazał, że polega na zdolnościach innych podmiotów).

Wezwanie do złożenia wyjaśnień powinno służyć wyłącznie do wyjaśnienia treści oświadczeń i dokumentów, nie zaś tworzeniu treści w nich uprzednio niezawartych. Wyjaśniać można wyłącznie treści, które zostały zawarte w oświadczeniu lub dokumencie i które nie są jednoznaczne. Przepis art. 26 ust. 4 Pzp nie może być jednak stosowany w celu uzupełnienia brakujących informacji, których udzielenie jest obowiązkiem wykonawcy. Tym samym, zamawiający bezzasadnie poddał ocenie złożone przez wykonawcę oświadczenie JEDZ podmiotu trzeciego, jak również dokument zobowiązania do udostępnienia zasobów i dokumenty zaświadczeń z banku.

W ocenie Odwołującego zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów powinno zostać załączone do oferty. Zobowiązanie to stanowi punkt wyjścia do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonywanej przez zamawiającego w pierwszej kolejności w oparciu o wstępne oświadczenia wykonawców składane - w zamówieniach powyżej progów UE - na formularzu JEDZ. W celu dokonania takiej oceny zamawiający musi dysponować pełną informacją o tym, że w ogóle potencjał podmiotu trzeciego powinien podlegać jego wstępnej ocenie. Dla osiągnięcia takiego celu konieczne jest złożenie przez wykonawców wraz z ofertą zobowiązania podmiotu trzeciego. Czym innym jest natomiast złożenie dokumentów podmiotowych potwierdzających spełnianie konkretnego warunku udziału w postępowaniu (np. wykaz usług zrealizowanych przez podmiot trzeci) oraz brak podstaw do wykluczenia z postępowania (np. niekaralność członka zarządu podmiotu trzeciego) co do oceny udostępnionego wykonawcy potencjału podmiotu trzeciego. Dokumenty te będą żądane przez zamawiającego od wykonawcy w trybie art. 26 ust. 1 i 2 Pzp. Podobne stanowisko zostało wyrażone w opinii Urzędu Zamówień Publicznych, która została udostępniona na jego stronie internetowej.

W zaistniałym stanie faktycznym, wbrew powyższemu, zamawiający przyjął zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów oraz oświadczenie JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby na etapie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i poddał powyższe ocenie pod względem spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 5 pkt 1 lit. A SIWZ.

Zamawiający na tym etapie postępowania nie był również uprawniony do przyjęcia zupełnie nowego oświadczenia JEDZ wykonawcy, złożonego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 17 listopada 2017 r., w którym po raz pierwszy wykonawca powołał się na zasoby podmiotu trzeciego, ani oświadczenia JEDZ podmiotu trzeciego, które nie zostało złożone wraz z ofertą.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 stwierdził, że Artykuł 51 dyrektywy 2004/18/ WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w zw. z art. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia”.

W nowej dyrektywie 2014/24, w art. 63 dotyczącym polegania na zdolności innych podmiotów, określono wprost zasadę, że „instytucja zamawiająca wymaga, by wykonawca zastąpił podmiot, który nie spełnia stosownego kryterium kwalifikacji lub wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia”, co zostało przeniesione wprost do krajowych regulacji w ramach art. 22a ust. 6 PZP, a więc ustawodawca wprost dopuścił możliwość zmiany podmiotowej.

W okolicznościach niniejszej sprawy nie będzie miał jednak zastosowania art. 22a ust. 6 PZP, gdyż wykonawca Tronus Polska sp. z o.o. nie powoływał się przy złożeniu oferty w oświadczeniu JEDZ na zasoby podmiotów trzecich, a uczynił to dopiero na późniejszym etapie postępowania. Skoro wykonawca Tronus chciał powołać się na zasoby podmiotu trzeciego, to powinien był to uczynić na etapie złożenia oferty, a nie na późniejszym etapie w ramach kwalifikacji złożonego uprzednio wraz z ofertą oświadczenia JEDZ.

Oświadczenie JEDZ jest składane w dacie złożenia oferty i zastępuje na wstępnym etapie procedury dokumenty urzędowe i prywatne, jakie wymagane są na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu czy potwierdzenie braku podstaw wykluczenia. JEDZ musi zostać obligatoryjnie złożony przez każdego z wykonawców, każdego z członków konsorcjum, każdy podmiot trzeci udostępniający, na podstawie art. 22a pzp, swój potencjał, a w przypadku podwykonawców — gdy taki wymóg postawi zamawiający.

Powyższe - w odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasoby - jednoznacznie również wynika z Rozdziału 6 pkt 6. 1) SIWZ, w którym Zamawiający wyraźnie wymagał, aby oświadczenie JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby, było składane wraz z ofertą, cyt.: „Wypełniony formularza JEDZ składa również podmiot zasób”. Zamawiający zatem wymagał w przypadku korzystania z zasobów podmiotu trzeciego, aby złożono oświadczenie JEDZ podmiotu trzeciego wraz z ofertą i wskazania tego wyraźnie w oświadczeniu JEDZ wykonawcy.

Działania Zamawiającego w omawianym zakresie są nieprawidłowe, bowiem nawet przyjmując możliwość zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp, to ma on na celu uzupełnienie dokumentów lub oświadczeń nieprawidłowo złożonych, niezłożonych lub błędnych, nie dotyczy zaś przedłożenia zupełnie nowych oświadczeń JEDZ, które w swojej treści różnią się od oświadczenia JEDZ, które zostało złożone przez wykonawcę wraz z ofertą. Zamawiający nie był zatem uprawniony do poddania ocenie zupełnie nowego oświadczenia JEDZ wykonawcy, w którym, dopiero po otrzymaniu wezwania do uzupełnienia pierwotnego formularza JEDZ, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, powołał się on na zasoby podmiotu trzeciego.

Wobec powyższego, Zamawiający był zobowiązany do wykluczenia wykonawcy Tronus Polska sp. z o.o. z postępowania z powodu niespełnienia warunku odnoszącego się do sytuacji ekonomicznej lub finansowej, czego w sposób sprzeczny z ustawą nie uczynił.

Takie stanowisko Odwołującego znajduje swoje potwierdzenie w licznych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej. Np. w sprawie KIO 2417/16, KIO przyznała rację Odwołującemu, że „zamawiający nieprawidłowo uznał za skuteczne uzupełnienie oferty o dokumenty referencyjne, zobowiązanie i JEDZ podmiotu trzeciego Qumak S.A., których pierwotna oferta nie zawierała, a które prowadziły do zmiany pierwotnej deklaracji przystępującego co do samodzielnego spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podobnie również w KIO 1380/17, opierając się na wyroku TSUE w sprawie 0387/14, KIO uznała za prawidłowe postępowanie Zamawiającego, który wykluczył z postępowania wykonawcę, po tym jak ten, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w oparciu o art. 26 ust. 3 Pzp, przedłożył nowy wykaz robót budowlanych wraz ze zobowiązaniem podmiotu trzeciego do udostępnienia wykonawcy zasobów, mimo iż składając ofertę w postępowaniu wykonawca deklarował, że nie będzie korzystał z zasobów podmiotu trzeciego.

- Brak spełnienia przyz wykonawcę Tronus Polska warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz art. 24 1 pkt 16 względnie pkt 17 Pzp

Analiza oferty wykonawcy Tronus Polska nie daje również podstaw do przyjęcia, że wykonawca ten spełnił warunek udziału w dot. zdolności technicznej i zawodowej.

Zgodnie z treścią SWIZ, Zamawiający uzna ten warunek za spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert należycie wykonał — dla pakietu meble biurowe — co najmniej jedną dostawę mebli biurowych (biurka, szafy, regały i podobne meble płytowe) o wartości minimum 630.000,00 zł brutto.

W treści oświadczenia JEDZ wykonawca Tronus Polska sp. z o.o., wykazując spełnienie ww. warunku Zamawiającego, wskazał, że w okresie od lipca 2014 r. do sierpnia 2015 r. zrealizował m.in. dostawę na rzecz Urzędu Gminy Kosakowo o wartości 1.035.107,73 zł brutto.

Tymczasem, jak wynika z dokumentów udostępnionych Odwołującemu przez Urząd Gminy Kosakowo, przekazanych Zamawiającemu wraz z wezwaniem z dnia 25 stycznia 2018 r., przedmiotem zamówienia realizowanego przez wykonawcę Tronus Polska sp. z o.o. było wyposażenie ruchome w postaci umeblowania i pomocy dydaktycznych oraz wyposażenie uczniowskie, wyspecyfikowane w ofercie Tronus Polska sp. z o.o. z podaniem wartości i ilości poszczególnych pozycji asortymentowych.

Analiza ww. danych nie daje podstaw do przyjęcia, aby wskazana przez wykonawcę wartość dostawy w wysokości 1.035.107,73 zł brutto odnosiła się w całości do dostawy asortymentu w postaci mebli biurowych (biurka, szafy, regały i podobne meble płytowe), jak tego wymagał w niniejszym postępowaniu Zamawiający. Zakres zamówienia realizowanego na rzecz Gminy Kosakowo był bowiem szerszy i nie obejmował wyłącznie mebli biurowych, ale także wyposażenie uczniowskie i pomoce dydaktyczne, których wartość nie mogła być wzięta pod uwagę przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu.

Analiza zestawienia wartości poszczególnych pozycji asortymentowych zawartych w dokumencie „Zestawienie wyposażenia ruchomego - część A dydaktyczna” stanowiącego załącznik do oferty złożonej przez Tronus w postępowaniu przetargowym prowadzonym przez Gminę Kosakowo wskazuje, że stanowiące przedmiot dostawy w tym zamówieniu wyposażenie rodzajowo tożsame z przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu przetargowym było warte 337. 478,79 zł, tj. poniżej kwoty 630.000,00 zł, wymaganej w niniejszym postępowaniu przez Zamawiającego.

W konsekwencji powyższego nie sposób uznać, aby wykonawca Tronus Polska wykazał, że dysponuje wymaganą przez Zamawiającego zdolnością techniczną i zawodową.

Ponadto, jak wynika z informacji zawartych w umowach pomiędzy Gminą Kosakowo a Tronus Polska sp. z o.o. na realizację ww. dostawy, na którą w JEDZ powołuje się wykonawca — Tronus Polska sp. z o.o. w celu wykazania posiadania niezbędnej zdolności technicznej i zawodowej niezbędnej do realizacji zamówienia stanowiącego przedmiot niniejszego postępowania przetargowego, dostawa ta podzielona na części miała być zrealizowana w dniach 14 sierpnia 2014 r. oraz 4 sierpnia 2014 r., a więc w okresie czasu przypadającym wcześniej niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu. Tym samym, również z tego powodu, doświadczenie zdobyte w trakcie realizacji tej dostawy nie powinno być wzięte przez Zamawiającego pod uwagę podczas dokonywania oceny oferty Tronus Polska sp. z o.o.

W treści oświadczenia JEDZ wykonawca Tronus Polska jako datę zakończenia dostawy podał sierpień 2015 r. Jak jednak wynika z treści trzeciej umowy udostępnionej Odwołującemu przez Urząd Gminy Kosakowo zawartej z Tronus Polska, przekazanej Zamawiającemu wraz z wezwaniem z dnia 25 stycznia 2018 r., umowa ta zawarta w lipcu

2015 r. po pierwsze dotyczyła dostawy szafek metalowych, a po drugie nie była realizowana w ramach tego samego postępowania przetargowego w ramach którego wykonawca dostarczył na rzecz Urzędu Gminy Kosakowo umeblowanie i pomoce dydaktyczne oraz wyposażenie uczniowskie w sierpniu 2014 r. Z tego też względu nie sposób tej dostawy i dwóch poprzednich dostaw, wykonanych przez Tronus Polska traktować jako „jednej dostawy mebli biurowych (biurka, szafy, regały i podobne meble płytowe) o wartości minimum 630.000,00 zł brutto” — jak tego wymagał w SIWZ Zamawiający.

Skutkiem powyższego powinno być wykluczenie Tronus Polska sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp tj. z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do zdolności technicznej i zawodowej, sformułowanego w SIWZ.

Równocześnie, mając na względzie, że wykonawca Tronus Polska sp. z o.o. powołując się na doświadczenie zdobyte w trakcie realizacji ww. umów zawartych z Gminą Kosakowo, wprowadził Zamawiającego w błąd, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający powinien był, po powzięciu informacji o ww. nieprawidłowościach z pisma Odwołującego z dnia 25.01.2018 r. unieważnić uprzednio podjętą decyzję o wyborze oferty tego wykonawcy i wykluczyć go z postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 16) względnie 17) Pzp. Nie sposób bowiem przyjąć, aby działanie wykonawcy Tronus Polska sp. z o.o., w powyższym zakresie nie nosiło znamion zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, względnie niedbalstwa i nie wywarło istotnego wpływu na decyzję Zamawiającego o wyborze oferty Tronus Polska jako najkorzystniejszej.

Na możliwość samodzielnego unieważnienia pierwotnie podjętej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownego badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, choćby obowiązek nie wynikał z wyroku KIO albo sądu powszechnego, zwróciła uwagę KIO w wyroku KIO 2037/12, KIO 2047/12). Zdaniem KIO zamawiający jest do tego uprawniony jeśli dostrzeże, iż uprzednio popełnił błąd wybierając oferty, lub dokonując inne czynności postępowania z naruszeniem ustawy. Źródłem takiej interpretacji jest wykładnia celowościowa Pzp, zgodnie z którą celem wszczęcia i prowadzenia każdego postępowania o zamówienie publiczne jest zawarcie ważnej oraz nie podlegającej unieważnieniu umowy

III. Nieuzasadniona odmowa udostępnienia Odwołującemu dokumentów złożonych przez wykonawcę Tronus Polska w załączeniu do pisma z dnia 15 stycznia 2018 r. oraz pisma zawierającego wyjaśnienie rażąco niskiej ceny

Dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej, Zamawiający niezasadnie przyjął, że dokumenty zastrzeżone przez Tronus Polska, przedłożone przez tego wykonawcę jak załączniki do pisma z 15 stycznia 2018 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, jak również

wyjaśnienia wykonawcy dot. rażąco niskiej ceny, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa pomimo, że Tronus Polska nie wykazał, że dane zawarte w tych dokumentach i wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, przez co naruszył przepis art. 8 ust 1, 2, 3 Pzp oraz art. 96 ust 3 Pzp w zw. z art 11 ust 4 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.).

W niniejszej sprawie Tronus Polska zastrzegł całą treść wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny, a także dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przy piśmie z dnia 15 stycznia 2018 r. nie wykazując jednakże, iż zastrzeżone przez niego informacje oraz dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca ograniczył się jedynie do ogólnikowych stwierdzeń bez żadnych dodatkowych wyjaśnień i dowodów. Tronus Polska sp. z o.o. podjął (nieudane) próby wykazania, że dane informacje/dokumenty posiadają wartość organizacyjną, jednakże w żaden sposób nie odniósł się do pozostałych przesłanek zastrzeżenia tajemnicy. W szczególności wykonawca nie wykazał, aby w odniesieniu do informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny oraz w dokumentach złożonych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego podjął jakiegokolwiek działania w celu zachowania poufności informacji/danych, bądź też, by informacje te nie zostały udostępnione do wiadomości publicznej.

Wykazanie istnienia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może się sprowadzać do ogólnikowego stwierdzenia, że zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny oraz w dokumentach załączonych do pisma z dnia 15 stycznia 2018 r. informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, albo że nie mogą być udostępniane osobom trzecim. Wykonawca winien wykazać, iż wszystkie trzy przesłanki składające się na pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa zostały spełnione i należyce to uzasadnić. Tego jednak wykonawca Tronus Polaka sp. z o.o. nie zrobił.

Zamawiający nie dokonał należytej oceny skuteczności poczynionego przez Tronus Polska sp. z o.o, zastrzeżenia. Jak wskazał SN w uchwałę z dnia 21 października 2005 r. III CZP 74/05 badanie skuteczności zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępnienia informacji potwierdzających spełnienie warunków, wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, należy do obowiązków zamawiającego. Ocena skuteczności objęcia pewnych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa jest elementem badania i oceny ofert, co oznacza, że dopóki Zamawiający nie zakończy tej oceny nie można postawić mu zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego dokumenty załączone do pisma z dnia 15 stycznia 2018 t. nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust 4 uznk. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie w orzeczeniach podkreślała, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a

ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątki od zasady jawności określa art. 8 ust. 3 ustawy Pzp zgodnie z którym 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.

W poprzednim stanie prawnym (przed nowelizacją z 29 sierpnia 2014 r. Dz.U. 2014.1232) ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in., że: „słuszny w swym założeniu przepis (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp) jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania wymagań Zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej Istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.”

Z powyższego wynika, że po nowelizacji na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Aby skutecznie wyjaśnić zastrzeżenie informacji, wykonawca musi wykazać łączne spełnienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj.:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Oceniając złożone przez wykonawcę Tronus Polska wyjaśnienie zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny, jak również w dokumentach złożonych przy piśmie z dnia 15 stycznia 2018 r. jako tajemnicy przedsiębiorstwa, należy stwierdzić jednoznacznie, że wykonawca nie sprostął obowiązkowi wykazania, że zastrzegane informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub

inny posiadający wartość gospodarczą. Uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny jak również dokumentów złożonych w dniu 15 stycznia 2018 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego jest lakoniczne, ogólnikowe i odwołuje się jedynie do definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie wykazano w żaden sposób że informacje zawarte w tych wyjaśnieniach i dokumentach nie zostały wcześniej ujawnione do wiadomości publicznej (co w odniesieniu do dokumentów przedłożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przy piśmie z dnia 15 stycznia 2018 r. wydaje się być wprost niemożliwym), nie opisano jakie konkretnie wykonawca podjął działania w celu zachowania tych danych w poufności (tak m.in. KIO w wyroku KIO 1646/16)

Wadliwa ocena skuteczności utajnienia przez wykonawcę Tronus Polska sp. z o.o. pisma zawierającego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz wszystkich dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp dokonana przez Zamawiającego ma wpływ na wynik postępowania, albowiem uniemożliwia innym wykonawcom zweryfikowanie prawidłowości konkurencyjnej oferty, a tym samym skuteczne skorzystanie ze środków ochrony prawnej. Zatem bezpodstawne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa powoduje konieczność unieważnienia czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Mając powyższe na względzie, niniejsze Odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie w całości.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie złożył oświadczenie, że uwzględnia odwołanie i po unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokona ponownego badania i oceny ofert złożonych.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oświadczył, że zgłasza sprzeciw co do uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Uczestnicy postępowania odwoławczego przedstawili w toku rozprawy stanowiska.

Odwołujący przypomniał, iż przed złożeniem odwołania zwrócił się do zamawiającego z pisemnym wezwaniem o ponowną ocenę ofert z uwagi na popełnione uchybienia wskazane następnie w treści odwołania. Podkreślił w szczególności, iż wybrany wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej sytuacji ekonomiczno-finansowej, a składając na wezwanie zamawiającego wyjaśnienia w tym zakresie dokonał zmiany oferty i przedstawił kolejny podmiot jako udostępniający zasoby naruszając własne oświadczenie wiedzy o samodzielnym spełnianiu warunków udziału.

Przypomniał kolejny zarzut dotyczący warunku udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej polegający na wymogu wykazania się dostawą mebli biurowych o wartości min. 630 000zł. Stwierdził, że dostawy wskazane jako referencyjne dotyczą odmiennego zakresu przedmiotowego, gdyż obejmują oprócz mebli biurowych wyposażenie dydaktyczne i uczniowskie na potrzeby szkoły. W odwołaniu i załączniku dokonał rozliczenia tych dostaw. Przypomniał, że dostawy te dotyczą okresu wcześniejszego niż możliwy do uwzględnienia stosownie do SIWZ.

Podtrzymał zarzut naruszenia zasady jawności wskazując na brak spełnienia niezbędnych przesłanek dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym wykazania zasadności utajnienia informacji złożonych zamawiającemu, gdyż wykonawca składając dokumenty przedstawił jedynie ogólne stwierdzenia o zasadności zastrzeżenia informacji. Zauważył, że wykonawca przedstawił nowy podmiot na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a jednocześnie oświadczył, że spełnia samodzielnie warunki, lecz okoliczność ta nie wynika ze złożonych dokumentów i oświadczeń.

Wskazał na uchybienie wymogu aktualności dokumentów na wykazanie wymogów finansowych przez wykonawcę, to jest z przekroczeniem jednego miesiąca przed terminem składania ofert, jakkolwiek nie dotyczy to dokumentów dotyczących osoby fizycznej pana Wardy.

Stwierdził, iż należy rozumieć pojęcie meble biurowe tak, jak zostało opisane w SIWZ z określeniami użytymi w nawiasie to jest biurka, szafy regały i podobne meble płytowe.

Odnosząc się do dostaw referencyjnych przystępującego stwierdził, iż w kolejnym ustalonym terminie, to jest grudniu 2014 r. dokonano odbioru części dostaw, lecz jak wynika z protokołu odbioru i aneksu nr 3 dostawy nie były należycie wykonane.

Podkreślił też brak argumentów i dowodów na potwierdzenie zasadności utajnienia jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa informacji złożonych zamawiającemu przez wykonawcę. Zarzut dotyczący tej okoliczności został podniesiony w terminie.

Zamawiający przypomniał, że uwzględnił zarzuty odwołania i uznaje, że nie ma przesłanek do kierowania w stosunku do niego zarzutów przez odwołującego. Zauważył, że ze złożonej przez przystępującego umowy nr 36 zmienionej aneksem nr 2 wynika, że dostawy wykonane na jej podstawie nie mogą być skutecznie traktowane jako referencyjne w niniejszym postępowaniu z uwagi na przekroczenie terminu.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że spełnia samodzielnie warunki udziału w postępowaniu, a przedstawienie w wyniku wezwania dokumentacji obejmującej nowy JEDZ, innego podmiotu, należy uznać za nieskuteczne. Stwierdził, iż w wyniku

wezwania na potwierdzenie spełniania warunków ekonomicznych przedstawił informacje dotyczące prezesa – udziałowca.

W zakresie dostaw referencyjnych złożył kopie umów z gminą Kosakowo wraz z aneksami, w tym aneks nr 2, w którym przesunięto termin realizacji do dnia 1 grudnia 2014 r. oraz protokół odbioru z tej daty z zestawieniem wyposażenia, a nadto kopię oferty z opisem przedmiotu zamówienia i wartością. Stwierdził, że przedmiotem dostawy były meble stricte biurowe niezależnie od faktu, iż przeznaczone są dla szkoły. Wskazał na treść warunku „meble biurowe”, jako pojęcie formalnie niezdefiniowane, natomiast przykładowo wymienione w nawiasie. Złożył opisy mebli biurowych na stronach internetowych odwołującego i innych podmiotów. Przedstawił też definicje słownikowe pojęcia oraz przedmiot działalności odwołującego według PKD dotyczący mebli biurowych przypominając przedmiot działalności opisany pod tym numerem klasyfikacji działalności. Stwierdził, że brak jest dowodu na potwierdzenie zarzutu, uznał, że ocena dostaw dokonana przez zamawiającego była prawidłowa. Zauważył także, iż odwołujący nie wykazał sposobu wyliczenia wartości dostaw uznanych przez niego za dostawy mebli biurowych. Stwierdził, że dostawy zostały zrealizowane w wymaganym terminie.

Stwierdził, że prawidłowo zastrzegł składane zamawiającemu informacje jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż obejmują one istotne gospodarczo dane, które nie są udostępniane innym podmiotom i nie są nigdzie ujawniane. Zauważył przy tym, iż nawet odmienna ocena w tym zakresie nie miałaby wpływu na wynik postępowania.

Uznał za spóźniony zarzut dotyczący zaoferowania ceny rażąco niskiej. Oceniał, iż zamawiający prawidłowo badał i ustalił wynik postępowania.

Stwierdził, że prawidłowo został uzupełniony przez niego dokument JEDZ. Zauważył, że prawidłowość zrealizowanych dostaw potwierdzają referencje. Wskazał na asortyment opisany w przedmiocie zamówienia, który jest wielorodzajowy i powinien odpowiadać wymogom co do warunków dostaw referencyjnych.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację postępowania, na którą w szczególności składają się postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferta wybranego wykonawcy, jak również stanowiska stron przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje. Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp; zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazałby na możliwość uzyskania zamówienia i jego realizacji, a tym

samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody w sytuacji udzielenia zamówienia konkurującemu wykonawcy.

W ocenie składu orzekającego odwołujący wykazał zasadność tych z podniesionych zarzutów, których istotą jest stwierdzenie niewykazanie przez przystępującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, na którą to okoliczność wykonawca musiał wykazać, iż posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 800 000 zł dla pakietu – meble biurowe.

Dokonując wyboru oferty Tronus Polska sp. z o.o. Zamawiający przyjął, że wykonawca ten wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej, sformułowany w Rozdziale 5 pkt 1 lit. A SIWZ. Jak wynika z dokumentacji postępowania zamawiający uwzględnił, w ślad za stanowiskiem wykonawcy przedstawionym w odpowiedzi na uzupełnienie dokumentów, potencjału udostępniony wykonawcy przez podmiot trzeci, na którego zasoby w tym zakresie wykonawca powołał się, składając w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia JEDZ w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z dnia 17 listopada 2017 r. nowy formularz JEDZ pomimo, iż w formularzu JEDZ złożonym wraz z ofertą Wykonawca zadeklarował, że nie będzie korzystał z zasobów podmiotów trzecich. Podmiotem trzecim w tym wypadku była osoba fizyczna, pełniąca funkcję zarządu wykonawcy i wspólnika. Ta okoliczność nie zmienia jednak faktu odrębnej od wykonawcy, będącego osobą prawną – spółką kapitałową, podmiotowości.

W ocenie Izby, jeżeli w złożonym wraz z oferta dokumencie JEDZ znajdowała się deklaracja wykonawcy, że wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie polega na zasobach podmiotów trzecich, wykonawca ten nie mógł po otwarciu ofert zmienić swojego oświadczenia i powołać się na zasoby podmiotu trzeciego, przedkładając oświadczenie JEDZ tego podmiotu na zasobach którego polegał.

Należy zauważyć, że zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów powinno być zawarte w ofercie tj. być załączone do oferty. Zobowiązanie to stanowi punkt wyjścia do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonywanej przez zamawiającego w pierwszej kolejności w oparciu o oświadczenia wykonawców składane na formularzu JEDZ. W omawianym zakresie Izba podziela stanowisko wyrażone w opinii Urzędu Zamówień Publicznych, która została udostępniona na jego stronie internetowej, a także ocenę Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt. W ocenie Trybunału, wykonawca, który w momencie składania oferty opiera się jedynie na własnych zdolnościach, nie jest uprawniony do powoływania się na zdolności podmiotów trzecich w ramach wyjaśniania i uzupełniania dokumentów potwierdzających. Taką zmianę należy traktować jako istotną zmianę oferty. Kluczowe dla stanowiska Trybunału jest przekonanie, że dopuszczenie takiej zmiany skutkowałoby zmianą

podmiotową po stronie wykonawcy. Taki kierunek rozumowania wskazywała w swoich uwagach w tej sprawie także Komisja Europejska. Najpierw rzecznik generalny¹, a następnie Trybunał podzielili tę opinię.

Należy przyjąć, że od dnia 4 maja 2017 r. wykładni przepisu art. 51 dyrektywy 2004/18/WE, jak również przepisu art. 26 ust. 3 ustawy PZP, należy dokonywać zgodnie z tym orzeczeniem. Stanowisko, jakie Trybunał zajął w tej sprawie, zachowuje swoją aktualność również na gruncie dyrektywy 2014/24/UE (art. 56 ust. 3). Skutki wyroku ograniczają się do przypadków gdy wykonawca, który w chwili składania ofert pierwotnie opiera się na własnych zdolnościach, w ramach wyjaśniania i uzupełniania dokumentów potwierdzających powołuje się na zdolności podmiotów trzecich. W nowej dyrektywie 2014/24, w art. 63 dotyczącym polegania na zdolności innych podmiotów, określono wprost zasadę, że „instytucja zamawiająca wymaga, by wykonawca zastąpił podmiot, który nie spełnia stosownego kryterium kwalifikacji lub wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia”, co zostało przeniesione wprost do krajowych przepisów w art. 22a ust. 6 ustawy, a więc ustawodawca wprost dopuścił możliwość zmiany podmiotowej w tak określonych warunkach. W okolicznościach niniejszej sprawy nie będzie miał zastosowania art. 22a ust. 6 ustawy pzp, gdyż przystępujący nie powoływał się przy złożeniu oferty w oświadczeniu JEDZ na zasoby podmiotów trzecich, a uczynił to dopiero na późniejszym etapie postępowania. Skoro wykonawca chciał powołać się na zasoby podmiotu trzeciego, to powinien był to uczynić na etapie złożenia oferty, a nie na późniejszym etapie.

W konsekwencji wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, czego skutkiem jest konieczność wykluczenia go z postępowania.

Powyższe ustalenie zasadności zarzutu legło u podstaw rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie odwoławczej.

W zakresie zarzutu dotyczącego spełnienia warunku udziału dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej skład orzekający zauważa, że zdefiniowanie wymogu co do dostaw referencyjnych mebli biurowych mogło budzić uzasadnione wątpliwości co do zakresu rzeczowego przedmiotów, które mogą być uznane za meble biurowe. Wątpliwości wynikają zarówno z faktu szerokiego rozumienia takiego asortymentu w języku potocznym, jak i klasyfikacji statystycznej, a jednocześnie podzielenia przedmiotu dostawy przez zamawiającego na odrębne kategorie (pakiety) tj. regały metalowe, krzesła i meble biurowe. Te ostatnie przy opisie warunków udziału zostały dookreślone w nawiasie jako (biurka, szafy, regały i podobne meble płytowe).

¹ opinia rzecznika generalnego Michała Bobeka przedstawiona w dniu 24 listopada 2016 r. w sprawie C-387/14 *Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu*, ECLI:EU:C:2016:899, pkt 30

W ocenie składu orzekającego powstałe wątpliwości nie powinny prowadzić do nieuwzględniania dostaw referencyjnych, w skład których wchodzi jedynie biurka, szafy i regały, lecz także inne wyposażenie biur, któremu można przypisać cechę mebli biurowych. W konsekwencji takiej oceny wykonawca dostaw na rzecz gminy Kosakowo wykazał spełnienie wymaganego warunku, tak co do wartości, jak i terminu oraz przedmiotu dostaw.

Izba podziela także stanowisko odwołującego co do nieuzasadnionej odmowie udostępnienia Odwołującemu dokumentów złożonych przez wykonawcę Tronus Polska na wezwanie zamawiającego i pisma zawierającego wyjaśnienie rażąco niskiej ceny.

Wykonawca Tronus Polska nie wykazał, że dane zawarte w dokumentach i wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, przez co naruszył przepis art. 8 ust 1, 2, 3 Pzp oraz art. 96 ust 3 Pzp w zw. z art 11 ust. 4 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r, Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.).

Wykonawca ograniczył się jedynie do ogólnikowych stwierdzeń bez dodatkowych wyjaśnień i dowodów, że dane informacje/dokumenty posiadają wartość organizacyjną, jednakże w żaden sposób nie odniósł się do pozostałych przesłanek zastrzeżenia tajemnicy. W szczególności wykonawca nie wykazał, aby w odniesieniu do informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny oraz w dokumentach złożonych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego podjął jakiegokolwiek działania w celu zachowania poufności informacji/danych, bądź też, by informacje te nie zostały udostępnione do wiadomości publicznej. Wykonawca winien wykazać, iż wszystkie trzy przesłanki składające się na pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa zostały spełnione i należyce to uzasadnić. Tego jednak wykonawca nie zrobił.

Należy podkreślić, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątki od zasady jawności określa art. 8 ust. 3 ustawy Pzp zgodnie z którym 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.

Aby skutecznie wyjaśnić zastrzeżenie informacji, wykonawca musi wykazać łączne spełnienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj.:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,

- 2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Oceniając złożone przez wykonawcę Tronus Polska wyjaśnienie zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny, jak również w dokumentach złożonych przy piśmie z dnia 15 stycznia 2018 r. jako tajemnicy przedsiębiorstwa, należy stwierdzić, że wykonawca nie sprostał obowiązkowi wykazania, że zastrzegane informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny jak również dokumentów złożonych w dniu 15 stycznia 2018 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego jest lakoniczne, ogólnikowe i odwołuje się jedynie do definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie wykazano że informacje zawarte w tych wyjaśnieniach i dokumentach nie zostały wcześniej ujawnione do wiadomości publicznej.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż odwołanie należało uwzględnić z uwagi na zasadność pierwszego zarzutu odwołania i na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: