

Sygn. akt: KIO 39/16

WYROK

z dnia 26 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 stycznia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 stycznia 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Koltech Infra Sp. z o.o. Torprojekt Sp. z o.o., z siedzibą dla Lidera ul. Wolnego 12, 40-857 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **BBF Sp. z o.o., ul. Dąbrowskiego 461, 60-451 Poznań** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Koltech Infra Sp. z o.o. Torprojekt Sp. z o.o., z siedzibą dla Lidera ul. Wolnego 12, 40-857 Katowice** i

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Koltech Infra Sp. z o.o. Torprojekt Sp. z o.o., z siedzibą dla Lidera ul. Wolnego 12, 40-857 Katowice** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa - Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na opracowanie kompletnej dokumentacji przetargowej, niezbędnej do przygotowania realizacji projektu POliŚ 7.1-11.1. pod nazwą Modernizacja linii kolejowej E30, etap II Zabrze- Katowice- Kraków. Przetarg nr 2 Modernizacja odcinka Trzebinia - Krzeszowice (km 29,110 -46,700 linii nr 130). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 08.07.2015 r., pod poz. 2015/S 129-237978.

W dniu 13 stycznia 2016 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Koltech Infra sp. z o.o. oraz Torprojekt Sp. z o.o. (zwany dalej Odwołującym) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od :

1. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez BBF Sp. z o.o. (dalej BBF) jako niejawnych: uzupełnionego „Wykazu usług wraz z oświadczeniem”, zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów oraz informacji zawartych w korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą i pozostałej nieujawnionej części dokumentacji postępowania powstałej po pierwszej ocenie ofert, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
2. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania wykluczenia wykonawcy BBF z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,
3. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania wykluczenia wykonawcy BBF z postępowania na podstawie przepisu art 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, pomimo iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu dokonanie niezgodnej z ustawą Pzp czynności polegającej na wyborze oferty BBF jako najkorzystniejszej oraz wskazał na naruszenie:

1. przepisu art. 7 ust 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust 1, ust 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu w/w zastrzeżonych przez BBF uzupełnionych części oferty oraz elementów dokumentacji postępowania, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
2. przepisu art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania BBF, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,
3. przepisu art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy BBF, pomimo iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odtajnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu, dokonania ponownej oceny ofert, uwzględniającej kryteria oceny ofert oraz zasady oceny ofert zgodne z SIWZ, wykluczenia z postępowania BBF, odrzucenia oferty BBF, dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł także o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków w osobie/osobach, które podpisały uzupełnione zobowiązanie do udostępnienia zasobów na okoliczność: a. daty sporządzania zobowiązania do udostępnienia zasobów, b. podpisania zobowiązania do udostępnienia zasobów.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, że o czynnościach i zaniechaniach Zamawiającego został powiadomiony w dniu 8 stycznia 2016 roku, zatem odwołanie jest wniesione z zachowaniem 10- dniowego terminu przewidzianego w ustawie, Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia uzupełnionej części oferty BBF oraz części dokumentacji postępowania, Odwołujący wskazał, że w wyniku wezwania do uzupełniania oferty w zakresie wynikającym z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 listopada 2015 roku, sygn. akt KIO 2276/15, BBF złożył pismo, które nie zostało udostępnione Odwołującemu. Odwołujący kilkakrotnie zwracał się do Zamawiającego o udostępnienia wezwania skierowanego do BBF, odpowiedzi BBF, jednak do dnia 13 stycznia

2016 roku, mimo wyboru oferty najkorzystniejszej, Zamawiający nie udostępnił żądanych dokumentów.

Zdaniem Odwołującego nie jest możliwe, aby całe pismo BBF wraz z całością wszystkich załączników zawierało wyłącznie informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Podkreślił, że zgodnie z regulacją ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być objęte informacje, a nie dokumenty. Zdaniem Odwołującego Zamawiający w przedmiotowym stanie faktycznym w ogóle nie dokonał analizy informacji zawartych w dokumentach i przyjął - mimo braku podstawy prawnej - dopuszczalność objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentu. Na wadliwość takiego zachowania się przez Zamawiającego wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku 18 września 2015 roku, KIO 1882/15, KIO 1900/15 i KIO 1903/15, którego fragment Odwołujący zacytował.

Ponadto Odwołujący podkreślił, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa całości pisma wraz z załącznikami jest możliwe jedynie w przypadku wykazania przez BBF, że treść całego dokumentu łącznie spełnia przesłanki określone w przepisie art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. wykazania, że dokument ten zawiera wyłącznie informacje, które łącznie spełniają poniższe przesłanki:

1. mają charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa,
2. nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Zdaniem Odwołującego informacje zawarte w piśmie BBF stanowiącym uzupełnienie nie mogą spełniać łącznie wszystkich 3 przesłanek ustawowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Po pierwsze - informacje zawarte w przedmiotowym piśmie są jawne, zostały ujawnione do wiadomości publicznej, bowiem ze względu na specyfikę projektu referencyjnego uzupełniany projekt musiał być wykonany na rzecz Zamawiającego - PKP PLK albo też na rzecz zagranicznego odpowiednika PKP PLK. W każdym przypadku jest to Zamawiający publiczny, którego umowy są jawne, powszechnie dostępne - tym samym nie spełniają przesłanki braku ujawnienia do wiadomości publicznej. A zatem uzupełniony Wykaz usług zawiera jawne, powszechnie dostępne informacje o usługach wykonanych na rzecz podmiotu publicznego.

Po drugie - BBF nie wykazał, że podjął wszystkie niezbędne działania w celu zachowania w poufności informacji, że korzysta z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego. Zdaniem Odwołującego BBF w uzupełnieniu oferty nie zawarł wystarczających dowodów na takie czynności. Sama zaś usługa - wykonana na rzecz podmiotu publicznego - jest jawna, a BBF czy też podmiot udzielający w ogóle nie mogli podjąć żadnych kroków do zachowania w poufności informacji o projekcie referencyjnym, gdyż jest to informacja publiczna.

Po trzecie - współpraca pomiędzy dwiema spółkami w zakresie użyczenia zasobów nie ma charakteru informacji wskazanej w Ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tzn. nie ma wartości gospodarczej, która mogłaby zostać utracona lub obniżona, gdyby informacja o takiej współpracy stała się powszechnie znana. Na poparcie przywołał orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z 8 lipca 2015 roku, Sygn. akt KIO 1229/15, w którym Izba stwierdziła, że sam fakt korzystania z cudzych zasobów jest neutralny, nie ma on wartości gospodarczej. Co więcej - fakt korzystania z zasobu podmiotu trzeciego w tym konkretnym postępowaniu musi znaleźć się w Formularzu ofertowym, który ze swej istoty jest jawny - zatem BBF musiały i tak wskazać w tym Formularzu ofertowym nazwę i dane podmiotu użyczającego zasoby oraz rodzaj zasobów użyczonych, a następnie w oświadczeniu o podwykonawcach - wskazać zakres prac, które ma wykonać podwykonawca. Zdaniem Odwołującego BBF nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Tymczasem na konieczność takiego wykazania wartości gospodarczej jako warunku *sine qua non* możliwości objęcia danej informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 stycznia 2015 roku, Sygn. akt KIO 2784/14, którego fragment Odwołujący przywołał w odwołaniu.

Odwołujący podkreślił także, że same informacje zawarte w zobowiązaniu o udostępnianiu zasobów w ogóle nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż treść zobowiązania stanowi wyłącznie odpowiednie przetworzenie treści Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane - w zakresie właśnie wymaganej treści zobowiązania. Wskazała na to Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 18 września 2015 roku, Sygn. akt KIO 1882/15, KIO 1900/15 i KIO 1903/15.

Jeśli nawet sam podmiot udostępniający zasoby zobowiązał BBF do zachowania w poufności tej okoliczności czy też Wykazu usług (czego Odwołujący może się spodziewać biorąc pod uwagę dotychczasową politykę BBF w zakresie zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa) - to zdaniem Odwołującego zastrzeżenie takie zostało dokonane wyłącznie na potrzeby postępowania odwoławczego i nie ma znaczenia praktycznego. Otóż podmioty udostępniające zasoby na potrzeby właśnie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego muszą mieć świadomość, że udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wiąże się z jawnością treści ofert, a zatem z koniecznością upublicznienia wielu informacji. Stąd też ewentualna klauzula, na jaką może powoływać się BBF, jest wyłącznie pretekstem do uniemożliwienia Odwołującemu weryfikacji oferty BBF.

W ocenie Odwołującego dokonane przez BBF zastrzeżenie jawności przedmiotowego pisma było jest bezpodstawne. W związku z powyższym zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 roku (sygn. akt: III CZP 74/05) Zamawiający

powinien odtajnić zastrzeżone informacje, czego jednak nie uczynił. Zamawiający naruszył więc przepisy ustawy, w szczególności zasadę jawności postępowania jak i wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że do pisma nie zostało dołączone, zgodnie z wymaganiem art. 8 ust. 3 ustawy PZP, uzasadnienie objęcia informacji zawartych w piśmie tajemnicą przedsiębiorstwa. Gdyby bowiem zostały dołączone, to Zamawiający z całą pewnością udostępniłby je Odwołującemu, gdyż takie uzasadnienie ze swej istoty nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Jeśli nawet uzasadnienie takie zostało zamieszczone, to nie wykazuje ono, że informacje zawarte w piśmie w całości stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 października 2012 roku, sygn. akt KIO 2036/12, wskazała, jakie cechy powinno mieć uzasadnienie zastrzeżenia jawności właśnie w zakresie zobowiązania podmiotu trzeciego. Odwołujący przywołał fragment orzeczenia.

Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, że przy rozpatrywaniu możliwości objęcia danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa należy wziąć pod uwagę fakt, iż zasadą jest jawność postępowania, zaś zastrzeganie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów stanowiących dokumentację postępowania - jest wyjątkiem od tej zasady. Stanowisko takie jest ugruntowane w linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej.

Odnosnie zarzutu zaniechania wykluczenia BBF z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, mimo, że BBF nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz złożył nieprawdziwe informacje, Odwołujący podniósł, że jego zdaniem, wynikającym ze znajomości rynku, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu BBF wskazało usługę wykonaną przez podmiot trzeci, który to podmiot użył BBF swoje zasoby. Z wiedzy Odwołującego wynika także, że BBF nie wykonał samodzielnie żadnej usługi, która spełnia warunki udziału w postępowaniu. Istotną kwestią jest to, że w ofercie BBF nie jest w ogóle przewidziane korzystanie z zasobów podmiotów trzecich. Otóż w punkcie 10 Formularza ofertowego na stronie 6 oferty BBF złożył wyraźne oświadczenie: „NIE BĘDZIEMY polegać na zasobach następujących podmiotów (na zasadach określonych w art. 26 ust 2b UPZP)”, a następnie wykreślił dane takiego ewentualnego podmiotu oraz wykreślił część oferty, która (gdyby nie jej wykreślono) byłaby oświadczeniem o poleganiu na wiedzy i doświadczeniu i/lub osobach zdolnych do wykonania zamówienia i/lub zdolnościach finansowych oraz wykreślił oświadczenie w zakresie tego, czy podmiot taki będzie czy też nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia. Co więcej - Zamawiający wymagał zamieszczenia w ofercie wskazania Wykazu prac przeznaczonych do podwykonania. Oświadczenie takie zostało przez BBF wypełnione i na stronie 43 oferty BBF złożył oświadczenie: „Nie zamierzamy korzystać z usług podwykonawców”.

Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, że BBF złożył w ofercie oświadczenie, że zarówno ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia samodzielnie, jak i - że nie będzie polegać na zasobach podmiotów trzecich, tym samym samodzielnie wykaże spełnianie warunku udziału w postępowaniu. A zatem wezwanie do uzupełniania oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp może być składane tylko w granicach treści oferty tj. w przedmiotowym stanie faktycznym BBF uprawnione było do uzupełnienia treści oferty wyłącznie o usługę własną, wykonaną przez BBF. Wynika to wprost z treści obu w/w oświadczeń. Oświadczenia te stanowią bowiem treść oferty, która nie może być zmieniona ani uzupełniona w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, a tym bardziej wyjaśnione w trybie art. 26 ust 4 czy art. 87 ust 1 ustawy. Zdaniem Odwołującego ani treść Formularza ofertowego, ani treść oświadczenia ze strony 43 oferty BBF nie może być zmieniana przez wykonawcę po jego złożeniu. Jeśli zaś w wyniku uzupełnienia BBF przedstawiło usługę wykonaną przez podmiot trzeci, udostępnioną jako zasób wiedzy i doświadczenia w trybie art. 26 ust. 2b ustawy PZP, to tym samym BBF dopuściło się zmiany treści swojej oferty w w/w zakresie. Na poparcie Odwołujący przywołał orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2014 roku Sygn. akt KIO 2012/14.

Odwołujący podniósł także, że wobec faktu, że BBF nie posiada w ogóle własnego doświadczenia i wiedzy i w całości w tym zakresie polega na zasobach użyczonych, to koniecznym jest, aby podmiot użyczający zasoby był podwykonawcą przy realizacji zamówienia, bowiem tylko w taki sposób zasoby mogą być realnie udostępnione. Na poparcie powołał orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lipca 2015 roku, Sygn. akt KIO 1434/15, zgodnie z którym w każdym przypadku udostępnienia zasobów musi dojść do realnego i rzeczywistego udostępnienia zasobów.

Z ostrożności, Odwołujący wskazał, że także uzupełnione zobowiązanie do udostępnienia zasobów nie wykazuje spełniania warunku udziału w postępowaniu, jest ono na tyle ogóle, że nie wykazuje realnego, rzeczywistego udziału podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia w sposób, który zapewniłby realne skorzystanie z użyczonego zasobu. Ponadto, zdaniem Odwołującego, uzupełnione zobowiązanie zostało sporządzone po dniu wydania wyroku przez Krajową Izbę Odwoławczą tj. pod 2 listopada 2015 roku, a jedynie opatrzone datą wcześniejszą sprzed dnia złożenia ofert. Twierdzenie takie wynika z zasad doświadczenia życiowego, zgodnie z którymi żaden wykonawca nie występuje „na wszelki wypadek” do podmiotów trzecich o użyczenie zasobów w przypadku, gdy nie załącza tych zobowiązań do użyczenia do oferty, a korzysta na potrzeby złożenia oferty wyłącznie z zasobów własnych. Na tę okoliczność Odwołujący złożył wniosek o powołanie dowodu z zeznań świadków w zakresie wskazanym w petitum odwołania.

Sporządzenie zobowiązania do udostępnienia zasobów z datą sprzed złożenia oferty

w dacie późniejszej, tj. po dniu 2 listopada 2015 roku i dołączenie tego zobowiązania do oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP stanowi złożenie nieprawdziwych informacji, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Co więcej - takie antydatowane zobowiązanie nie jest dokumentem, który potwierdza spełnianie warunków udziału na dzień złożenia oferty.

W dniu 18 stycznia 2016 roku Odwołujący na skutek otrzymania od Zamawiającego w dniu 14 stycznia 2016 roku protokołu postępowania oraz wezwania z dnia 24 listopada 2015 roku, wniósł pismo zatytułowane: „Odwołanie wykonawcy - uzupełnienie odwołania z dnia 13 stycznia 2016”. Wskazał, że czynnościami objętymi uzupełnieniem odwołania są niezgodne z prawem i wyrokiem z dnia 2 listopada 2015 roku Sygn. akt KIO 2276/15 wezwanie do uzupełniania przez brak wskazania w wezwaniu, że uzupełnienie w pkt 1 może dotyczyć tylko doświadczenia własnego BBF. W konsekwencji Odwołujący zarzucił naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez brak wskazania w wezwaniu, że uzupełnienie w pkt 1 może dotyczyć tylko doświadczenia własnego BBF. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania do uzupełnienia z dnia 24 listopada 2015 roku w zakresie, w jakim nie zawiera ono wskazania, że uzupełnienie w pkt 1 może dotyczyć tylko doświadczenia własnego BBF oraz dokonanie ponownej oceny ofert, uwzględniającej treść oferty BBF, przepisy ustawy, kryteria oceny ofert oraz zasady oceny ofert zgodne z SIWZ. W uzasadnieniu Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 14 stycznia 2016 roku Zamawiający przekazał Odwołującemu kompletne dokumenty składające się na jawną według Zamawiającego dokumentację postępowania. Odwołujący otrzymał: wezwanie z dnia 24 listopada 2015 roku do uzupełnienia oferty w zakresie wynikającym ze wskazania Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 2 listopada 2015 roku Sygn. akt 2276/15, odpowiedź BBF z dnia 30 listopada 2015 roku – przy czym Odwołującemu udostępniono samo pismo (4 strony) bez załączników. Do pisma dołączono: załącznik nr 4 – wzór oświadczeń wykonawcy w zakresie Potencjału kadrowego, Załącznik nr 5 – wzór wykazu głównych usług wykonanych przez Wykonawcę w okresie ostatnich 3 lat wraz z załącznikiem nr 8- Zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia oraz dalszymi dokumentami. Odwołujący podtrzymał zarzuty odwołania, wskazując dodatkowo, że uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa Wykazu usług zawarte w uzupełnieniu nie wykazuje spełnienia wszystkich 3 przesłanek ustawowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. O ile bowiem BBF podało argumentację odnośnie wartości gospodarczej informacji dotyczącej nazwy podmiotu użyczającego zasobu, to BBF nie próbował wykazać ziszczenia się 2 pozostałych przesłanek, tj. nie ujawnienia do

wiadomości publicznej oraz podjęcia w stosunku do tej informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności. Odwołujący wskazał, że BBF w uzasadnieniu wykazał jedynie na zasadność objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa nazwy/oznaczenia podmiotu używającego zasoby, nie odniósł się w ogóle do zasadności zastrzeżenia innych informacji zamieszczonych w załącznikach do pisma z dnia 30 listopada 2015 roku. A zatem informacje dotyczące treści załącznika nr 8 – zobowiązania podmiotu trzeciego (bez nazwy firmy), treści wykazu usług oraz wskazanych w spisie załączników dalszych dokumentów, winny zostać przez Zamawiającego udostępnione. Odwołujący wskazał, że dopuszczalny zakres korzystania z zasobów używanych, zwłaszcza w połączeniu z oświadczeniem o samodzielnym wykonywaniu przedmiotu zamówienia, był ostatnio przedmiotem 2 wniosków wystosowanych przez Krajową Izbę Odwoławczą do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w trybie pytań prejudycjalnych: sprawa C-324/14 wniosek z dnia 7 lipca 2014 roku – Partner A. przeciwko Zarządowi Oczyszczania Miasta, sprawa C-387/14: wniosek z dnia 14 sierpnia 2014 roku - Esaprojekt Sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu. Oba wnioski zawierają pytania prejudycjalne, które dotyczą rozstrzyganej sprawy, do dnia dzisiejszego żaden z wniosków nie został rozstrzygnięty przez TSUE. Zadaniem Odwołującego rozstrzygnięcie w każdym w obu przypadków będzie miało bezpośredni wpływ na rozstrzygnięcie niniejszego odwołania, stąd Odwołujący złożył wniosek o zawieszenie postępowania do czasu rozstrzygnięcia ww wniosków. Ewentualnie Odwołujący wniósł o zwrócenie się przez Krajową Izbę Odwoławczą do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z tymi samymi pytaniami prejudycjalnymi, które są objęte wskazanymi sprawami.

Zamawiający, pismem z dnia 21 stycznia 2016 roku złożonym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, poinformował, że uwzględni częściowo zarzut zaniechania ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w dokumentach stanowiących załącznik do protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie dokumentów: wykaz usług złożony na wezwanie Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 24 listopada 2015 roku, korespondencji Zamawiającego w zakresie odnoszącym się do ustalenia, czy usługa wskazana w wykazie została wykonana należycie (kopia maili A. K. z dnia 10 grudnia 2015 roku, B. M. z dnia 10 grudnia 2015 roku, A. G.k z dnia 11 grudnia 2015 roku) z wyłączeniem informacji zawartych w tych mailach na temat osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Wyjaśnił, że w dniu 12 stycznia 2015 roku (pismo odebrane dnia 13 stycznia 2015 roku przez Odwołującego) Zamawiający przekazał kopię protokołu postępowania wraz z załącznikami tj. kopią wezwania BBF z dnia 24 listopada 2015 roku do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, kopią odpowiedzi BBF z dnia 30 listopada 2015 roku. Zatem w tym zakresie zarzuty Odwołującego są bezprzedmiotowe. Zamawiający

dodał, że w związku z faktem, że Zamawiający jest podmiotem na rzecz którego została wykonana usługa wskazana w uzupełnionym wykazie, wykonawca BBF nie miał obowiązku przedkładania dowodów na potwierdzenie, czy usługa została wykonana należycie. Po ponownym przeanalizowaniu wyjaśnień złożonych przez BBF w piśmie z dnia 30 listopada Zamawiający doszedł do przekonania, że wbrew twierdzeniom BBF, wiedza o podmiocie trzecim, który posiada doświadczenie w realizacji zamówień na rzecz Zamawiającego nie daje BBF przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami działającymi na rynku krajowym. Zamawiający uznając zarzuty za zasadne, przekazał Odwołującemu uzupełnioną kopię wykazu usług oraz korespondencji mailowej w zakresie odnoszącym się do ustalenia czy usługa wskazana w wykazie została wykonana należycie. Zamawiający nie uwzględnił zarzutu zaniechania ujawnienia informacji zawartych w uzupełnionym wykazie osób, zobowiązaniu podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów oraz korespondencji w sprawie doświadczenia osób, które wykonywały przedmiot zamówienia. Uznał, że wykonawca złożył wraz z ofertą wyczerpujące wyjaśnienia na temat zasadności zastrzeżenia wykazu osób oraz zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów.

W dniu 22 stycznia 2016 roku Zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej kolejną odpowiedź na odwołanie, zawierająca odniesienie się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp. Wskazał także, że zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. O ile w ocenie Izby nie znajdują uzasadnienia pozostałe zarzuty odwołania odnoszące się do spełniania przez wykonawcę BBF warunków udziału w postępowaniu, bez wpływu na wynik postępowania pozostawałaby ewentualna wadliwość zaniechania ujawnienia Odwołującemu pozostałych zastrzeżonych dokumentów. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, że Odwołujący w sposób błędny utożsamia zwrot „treść oferty” oraz „zawartość oferty”. Zdaniem Zamawiającego, złożone w formularzu ofertowym oświadczenie odnosiło się jedynie do sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Treść tego oświadczenia nie może być wykładana bez odniesienia się do kontekstu jego złożenia, a zatem podjętej przez wykonawcę próby samodzielnego spełniania warunku na podstawie dokumentów złożonych wraz z ofertą. Oświadczenie to, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie stanowi treści oferty w rozumieniu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Złożone przez BBF oświadczenie było oświadczeniem składanym na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dotyczyło sposobu spełniania warunku podmiotowego, nie zaś precyzowało treść oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Przyjęcie odmiennej wykładni pozbawiałoby wykonawców prawa

do skorzystania z dobrodziejstwa art. 26 ust. 3 ustawy Pzp pozwalającego na uzupełnianie dokumentów przedkładanych na potwierdzenie spełnienia warunków także w oparciu o zasoby nowe, którymi dysponował wykonawca w dacie składania ofert. Ratio legis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dopuszcza składanie w wyniku uzupełnienia dokumentów o nowej, innej niż pierwotnie złożona w ofercie treści a stanowisko to jest jednolicie prezentowane w orzecznictwie. W rozpatrywanym stanie faktycznym, nie mamy także, zdaniem Zamawiającego ze zmianą treści oferty w rozumieniu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Składane oświadczenie byłoby oświadczeniem wiedzy na temat posiadanego przez wykonawcę doświadczenie, nie zaś oświadczeniem woli na temat sposobu wykonywania świadczenia. Taki pogląd jest zbieżny z rozumieniem treści art. 56 ust. 3 nowej dyrektywy 2014/24/UE w zakresie dotyczącym uzupełniania dokumentów i oświadczeń. Na poparcie powołał opinię A. S. . W ocenie Zamawiającego brak także konieczności przedłożenia przez wykonawcę nowego formularza ofertowego, ustawa Pzp nie zobowiązuje do przedkładania samodzielnego oświadczenia w sprawie sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z treści złożonych dokumentów jednoznacznie wynika, że wykonawca potwierdza spełnienie warunku udziałem podmiotu trzeciego.

Odnosnie zarzutu podania nieprawdziwych informacji, Zamawiający wskazał, że nie miał żadnych przesłanek, aby kwestionować sposób spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez BBF. Zamawiający nie posiadał i nie posiada żadnej wiedzy na temat ewentualnego podpisania zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów po upływie terminu składania ofert, także Odwołujący w odwołaniu żadnych dowodów w tym zakresie nie przedstawia. Są to jedynie przypuszczenia Odwołującego, nie poparte żadnym dowodem. Za bezzasadny Odwołujący uznał wniosek o powołanie dowodu z zeznań osób, które złożyły oświadczenie o udostępnieniu zasobów. Zeznania takie miałyby jedynie zmierzać do potwierdzenia przez składających oświadczenie okoliczności ujawnionych w przedłożonym zamawiającemu oświadczeniu. Dowód taki wobec braku jakiegokolwiek uprawdopodobnienia nieprawdziwości złożonego oświadczenia służyłby jedynie przewlekłości postępowania odwoławczego.

Zamawiający podniósł także, że pismem z dnia 18 stycznia 2016 roku, Odwołujący dokonał rozszerzenia zarzutów odwołania, podnosząc dodatkowo zarzut naruszenia art. 26 ust.3 ustawy Pzp przez niezgodne z prawem wezwanie BBF do uzupełnienia dokumentów.

Zadaniem Zamawiającego nie zachodzą także przesłanki do odroczenia rozprawy do czasu wydania orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawach C-324/15 oraz C-387/15 ani

tez okoliczności uzasadniające złożenie pytania prejudycjalnego do TSUE. Dotychczasowe orzecznictwo pozwala TS pozwala na stwierdzenie, iż w analizowanej sprawie dopuszczalnym jest powoływanie się przez BBF na zasoby podmiotu trzeciego. Powołał fragment opinii wyrażonej w wyroku Trybunału z dnia 10 października 2013 roku w sprawie C-336/12.

Odwołujący w dniu 25 stycznia 2016 roku złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo procesowe, w którym odniósł się polemicznie do argumentacji Zamawiającego, zawartej w odpowiedzi na odwołanie a także w pkt VI pisma, dokonując analizy referencyjnej usługi wykonanej przez ERG, wskazał na brak wykazania przez BBF spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 25 stycznia 2016 roku wykonawca przystępujący po stronie Zamawiającego - BBF Sp. z o.o. złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pisemne stanowisko w sprawie, wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Wyrokiem z dnia 2 listopada 2015 roku Sygn. akt KIO 2276/15 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Koltech sp. z o.o. oraz Torprojekt sp. z o.o. i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 8 października 2015 r., powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym wezwanie Wykonawcy BBF Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, a także nakazała odtajnienie wykazu usług oraz oświadczenia Wykonawcy BBF Sp. z o.o. (z wyłączeniem informacji o wynagrodzeniu) i korespondencji dotyczącej referencyjnej usługi. W pozostałym zakresie Izba zarzutów odwołania nie uwzględniła.

Wykonując przywołane wyżej orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający w dniu 24 listopada 2015 roku wezwał wykonawcę BBF sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w zakresie wymaganego doświadczenia. W odpowiedzi, w dniu 30 listopada wykonawca BBF sp. z o.o. uzupełnił ofertę przez wskazanie nowej usługi na zasadzie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp potwierdzającej posiadanie wiedzy i doświadczenia oraz wskazanie nowych osób na stanowisko: Koordynator Projektu, Projektant branży torowej, Projektant branży mostowej. Jednocześnie wykonawca poinformował, iż zastrzega dokumenty, będące załącznikami

do pisma jako tajemnicę przedsiębiorstwa tj. załącznik nr 4- oświadczenie wykonawcy w zakresie Potencjału Kadrowego, załącznik nr 5 – wykaz głównych usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat, załącznik nr 8 – zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia wraz z dalszymi dokumentami. Odnośnie zastrzeżenia wykazu osób wraz z oświadczeniem o posiadaniu uprawnień, BBF sp. z o.o. odwołał się do argumentacji, którą złożył wraz z pierwotną ofertą. Odnośnie wykazu usług, w piśmie z dnia 30 listopada 2015 roku, wskazano, że cyt. „BBF w celu wykazania posiadania wiedzy i doświadczenia posiłkuje się na zasadzie wyrażonej w art. 26 ust. 2 b wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego. W tym przypadku tajemnicę przedsiębiorstwa w chwili składania oferty stanowią nie oświadczenie o udostępnieniu wiedzy o doświadczenia, czy też dokumenty korporacyjne podmiotu udostępniającego, bądź referencje tego podmiotu, lecz sama informacja o tym podmiocie – jego nazwa, co implikuje konieczność utajnienia tych wszystkich dokumentów”. W dalszej części uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu usług, BBF wskazało, że tajemnicę przedsiębiorstwa może stanowić portfolio klientów oraz portfolio innych niż klienci podmiotów współpracujących z wykonawcą, bądź też współpracowników. Wiedza o podmiocie trzecim, który posiada doświadczenie w realizacji podobnych zamówień oraz referencje potwierdzające ten fakt dają wykonawcy przewagę konkurencyjną nad innymi podmiotami działającymi na krajowym rynku. W interesie wykonawcy leży, aby wiadomość o podmiocie dysponującym niezbędnym doświadczeniem nie została powzięta przez konkurencję, ponieważ podmioty konkurencyjne mogłyby czynić starania w celu uzyskania wsparcia od podmiotu użyczającego wiedzę i doświadczenie w przypadku rozpisania kolejnego przetargu o przedmiocie i warunkach uczestnictwa zbliżonych do przedmiotowego postępowania.

Niespornym jest, że Zamawiający w dniu 12 stycznia 2015 roku (pismo odebrane dnia 13 stycznia 2015 roku przez Odwołującego) przekazał kopię protokołu postępowania wraz z załącznikami tj. kopię wezwania BBF z dnia 24 listopada 2015 roku do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, kopię odpowiedzi BBF z dnia 30 listopada 2015 roku (udostępniono 4 strony pisma bez załączników). Z kolei w dniu 21 stycznia 2015 roku, uwzględniając częściowo zarzut odwołania dotyczący zaniechania udostępnienia dokumentacji postępowania, Zamawiający udostępnił Wykaz usług złożony na wezwanie z dnia 24 listopada 2015 roku, korespondencję w zakresie odnoszącym się do ustalenia, czy usługa wskazana w wykazie została wykonana należycie (kopia maili A. K. z dnia 10 grudnia 2015 roku, B. M. z dnia 10 grudnia 2015 roku, A. G. z dnia 11 grudnia 2015 roku) z wyłączeniem informacji zawartych w tych mailach na temat osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołujący, jako podmiot ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego niewątpliwie legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania a na skutek działań zamawiającego może ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, co powoduje, że zostały spełnione przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniające Odwołującego do wniesienia odwołania.

Izba objęła zakresem rozpoznania zarzuty podniesione przez Odwołującego w odwołaniu z dnia 13 stycznia 2016 roku, tj.

1. zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia i udostępnienia zastrzeżonych przez BBF jako niejawnych: uzupełnionego Wykazu usług wraz z oświadczeniem, zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów oraz informacji zawartych w korespondencji i pozostałej nieujawnionej części dokumentacji postępowania powstałej po pierwszej ocenie ofert.
2. zarzut zaniechania wykluczenia BBF z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, mimo, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Pozostałe zarzuty podniesione przez Odwołującego:

1. w piśmie z dnia 18 stycznia 2016 roku pn. „Odwołanie wykonawcy - uzupełnienie odwołania z dnia 13 stycznia 2016 roku” tj. naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez niezgodne z prawem i wyrokiem z dnia 2 listopada 2015 roku Sygn. akt KIO 2276/15 wezwanie BBF do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku doświadczenia,
2. w piśmie procesowym Odwołującego z dnia 25 stycznia 2016 roku - w pkt VI dotyczące braku wykazania przez BBF spełniania warunków udziału w postępowaniu i analizy usługi wykonanej przez ERG na rzecz Zamawiającego,

jako wykraczające poza zakres odwołania, Izba pozostawiła bez rozpoznania.

Zakres rozpoznania odwołania wyznacza przepis art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Granice rozpoznania przez Izbę odwołania są ściśle określone przez zarzuty zawarte w odwołaniu,

które z kolei oparte są na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej i prawnej. Odwołujący nie może w toku postępowania odwoławczego modyfikować czy powoływać nowych zarzutów, zmieniając tym samym zakres zaskarżenia. W konsekwencji zarzuty nie zgłoszone w odwołaniu z dnia 13 stycznia 2016 roku nie mogą być w ogóle przedmiotem rozpoznania przez Izbę.

Wskazać także należy, że objęte pierwotnie tajemnicą przedsiębiorstwa dokumenty: wezwanie BBF z dnia 24 listopada 2015 roku do uzupełnienia dokumentów, odpowiedź BBF z dnia 30 listopada 2015 roku, uzupełniony Wykaz usług oraz korespondencja Zamawiającego dotycząca ustalenia czy wykazana usługa została wykonana należycie - zostały udostępnione Odwołującemu kolejno w dniach 14 i 21 stycznia 2016 roku. Z uwagi na powyższe, argumentacja Odwołującego dotycząca zaniechania odtajnienia tych dokumentów jest już bezprzedmiotowa. W związku z tym, iż są to nowe czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to Odwołującemu przysługuje ustawowy termin na zakwestionowanie treści dokumentów, z którymi się zapoznał. Przyjęcie za słuszne odmienne stanowiska i rozpatrzenie zarzutów zawartych w pismach Odwołującego z dnia 18 i 25 stycznia, w których kwestionuje on treść samego wezwania do uzupełnienia oraz treść Wykazu usług byłoby niedopuszczalnym rozszerzeniem granic odwołania wniesionego w dniu 13 stycznia 2016 roku.

Zamawiający kolejno w dniach 12 i 21 stycznia, uwzględniając częściowo zarzut odwołania dotyczący zaniechania odtajnienia dokumentacji postępowania przetargowego udostępnił Odwołującemu szereg żądanych dokumentów, za wyjątkiem zobowiązania podmiotu trzeciego oraz Wykazu osób. W tym zakresie Zamawiający uznał zasadność poczynionego przez wykonawcę BBF zastrzeżenia, oceniając wyjaśnienia Odwołującego z dnia 30 listopada 2015 roku co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa tych dokumentów za skuteczne. Istotnie Odwołującemu znana jest już nazwa podmiotu udostępniającego zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia. Nazwa ta została ujawniona na skutek przekazania Odwołującemu Wykazu Usług – załącznik nr 5, gdzie w kolumnie „Nazwa (firma) podwykonawcy, na których zasoby Wykonawca powołuje się (..)” wskazano ERG Polska sp. z o.o., sp.k. Tajemnicą przedsiębiorstwa pozostają nadal objęte informacje na temat zasad i sposobu współpracy obu podmiotów BBF oraz ERG Polska Sp. z o.o. Sp.k, zawarte w treści uzupełnionego zobowiązania podmiotu trzeciego.

Zwrócić należy uwagę, że zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych. Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne ma charakter wyjątkowy i powinno być interpretowane ściśle. Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy

Pzp 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 udostępnione oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przywołany przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nakłada z jednej strony na wykonawcę obowiązek wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, z drugiej zaś strony zobowiązuje Zamawiającego do weryfikacji czy zastrzeżone przez wykonawcę informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba przychyliła się do stanowiska Sądu Najwyższego, wyrażonego w uchwale z dnia 21 października 2005 r. (Sygn. akt III CZP 74/05), który stwierdził, iż „w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta (...) zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następnym stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.” Stanowisko to, mimo uchylenia art. 96 ust. 4 ustawy Pzp, zachowuje pełną aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa.

W analizowanym stanie faktycznym, uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa uzupełnionych dokumentów, złożone w dniu 30 listopada 2015 roku odnosi się do Wykazu osób wraz z oświadczeniem o posiadaniu uprawnień oraz do Wykazu usług. Zgodzić się należy ze stanowiskiem Odwołującego, że w treści tego uzasadnienia wykonawca BBF nie wykazał skutecznie przesłanek objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa samych zasad współpracy z podmiotem trzecim udostępniającym zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia. Wyjaśnienie wykonawcy BBF odnosi się do konieczności zachowania w poufności informacji dotyczącej samej nazwy podmiotu udostępniającego zasoby, wskazując że wiedza o podmiocie trzecim, który posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie oraz stosowne referencje daje wykonawcy przewagę nad innymi podmiotami działającymi na rynku krajowym. W uzasadnieniu brak podania jakichkolwiek przesłanek co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa samych zasad współpracy między podmiotami, co oznacza, że wykonawca BBF nie podjął w stosunku do tych informacji niezbędnych działań w celu zachowania ich w poufności. Ponadto zasady współpracy między podmiotami, jak słusznie zauważył Odwołujący, zostały już częściowo ujawnione, bowiem w Wykazie usług, udostępnionym Odwołującemu w dniu 21 stycznia 2016 roku wskazano, że „Wykonawca nie przewiduje powierzenia żadnej części zamówienia do podwykonania”. Dodatkowa

argumentacja przedstawiona przez Zamawiającego oraz Przystępującego w złożonych pismach procesowych, odnosząca się do wykazania skuteczności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zobowiązania podmiotu trzeciego, nie może być wzięta pod uwagę przez Izbę z uwagi brzmienie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym obowiązek wykazania że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa winien nastąpić nie później niż w dniu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W konsekwencji, skoro informacja na temat podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie została już przez Zamawiającego podana do wiadomości publicznej w dniu 21 stycznia 2016 roku, a w zakresie samych zasad współpracy brak skutecznego uzasadnienia co do objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, to uznać należy, że cała treść zobowiązania podmiotu trzeciego ma charakter jawny i winna być udostępniona Odwołującemu.

Przywołać w tym miejscu należy także stanowisko Izby, wyrażone w orzeczeniu z dnia 2 listopada 2015 roku Sygn. akt KIO 2276/15, które zostało wydane w tym postępowaniu o zamówienie publiczne, zgodnie z którym „zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może mieć na celu wyłącznie utrudnienie innym wykonawcom weryfikacji czynności Zamawiającego w postępowaniu, a jedynym uzasadnieniem dla utrzymania klauzuli poufności dokumentów składanych w publicznym postępowaniu o udzielenie zamówienia jest wykazanie przez nanoszącą klauzulę, spełnienia przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.

Za zasadne natomiast Izba uznała objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa uzupełnionego Wykazu Osób, zgodnie z wyjaśnieniem wykonawcy BBF w piśmie z dnia 30 listopada 2015 roku, w którym odsyła on do wyjaśnienia zastrzeżenia tych informacji złożonego wraz z ofertą. Informacje na temat osób biorących udział w realizacji zamówienia mogą podlegać ochronie jako informacje o charakterze organizacyjnym. Spełnione zostały także przesłanki co do braku ich podania do wiadomości publicznej oraz podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania ich w poufności, co przesądza o spełnieniu przesłanek z art. 11 ust. 4 uznk. Podnieść należy, że skuteczność poczynionego zastrzeżenia w zakresie danych i doświadczenia osób, biorących udział w realizacji zamówienia nie była wcześniej kwestionowana przez Odwołującego (na etapie pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej) i zachowuje ona swoją aktualność odnośnie uzupełnionego Wykazu osób. Ponadto zauważyć należy, że Odwołujący zarówno w treści odwołania jak i w późniejszych pismach procesowych nie polemizuje z wyjaśnieniami wykonawcy BBF odnośnie zastrzeżenia dotyczącego Wykazu osób.

Za niezasadny Izba uznała zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia BBF z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na brak potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W pkt 10 Formularza ofertowego na stronie 6 oferty wykonawca BBF złożył oświadczenie o treści: „ oświadczamy, iż wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy (...) Nie będziemy polegać na zasobach następujących podmiotów (na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b UPZP”. Na stronie 42-43 oferty BBF „Wykaz prac przeznaczonych do podwykonania”, wykonawca złożył oświadczenie o treści: „Nie zamierzamy korzystać z usług podwykonawców”.

W wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, wykonawca BBF na zasadzie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, wykazał usługę wykonaną przez podmiot trzeci, który udostępnił BBF swoje zasoby, składając w tym zakresie stosowne zobowiązanie.

Zdaniem Izby, niezasadne jest twierdzenie Odwołującego, że skoro wykonawca BBF w Formularzu oferty złożył oświadczenie o nie poleganiu na zasobach podmiotu trzeciego, to nie może tego oświadczenia zmienić i w konsekwencji w wyniku wezwania do uzupełniania dokumentów i oświadczeń nie może wykazać celem potwierdzenia spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, że dysponuje zasobami podmiotu trzeciego. Zgodzić należy się ze stanowiskiem Zamawiającego i Przystępującego, że oświadczenie o samodzielnym wykazaniu się wiedzą i doświadczeniem, jest składane celem potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie jest to, jak twierdzi Odwołujący - określenie sposobu wykonania zamówienia, nie stanowi ono także treści oferty. Dodatkowo o charakterze tego oświadczenia nie świadczy miejsce jego złożenia, jak wskazuje Odwołujący, ale raczej cel w jakim jest ono składane. Treść oświadczenia, złożonego w Formularzu oferty, na które powołuje się Odwołujący należy odczytywać, mając na uwadze dany kontekst, w jakim zostało ono złożone - to jest należy je odnosić do sytuacji samodzielnego wykazania potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, którego próbę podjął wykonawca BBF w złożonej ofercie. W sytuacji zakwestionowania, że wykazana przez wykonawcę BBF usługa nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie wiedzy i doświadczenia i wezwania, zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej, wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie, oczywistym jest w przypadku skorzystania z dyspozycji art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp pierwotne oświadczenie o samodzielnym potwierdzeniu spełniania wymagań traci sens. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp można dokonywać wyłącznie w granicach treści pierwotnej oferty tj., że w omawianym stanie faktycznym możliwie było uzupełnienie wyłącznie o usługę własną. Takie rozumienie dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz 26 ust. 2 b ustawy Pzp stanowiłoby w istocie ograniczenie możliwości

skorzystania przez wykonawców z sanowania braków swojej oferty wyłącznie do uzupełniania dokumentów i oświadczeń w sposób zgodny z uprzednio poczynionym oświadczeniem o poleganiu lub nie poleganiu na zasobach podmiotu trzeciego. Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dopuszcza się złożenie nowego, nie prezentowanego wcześniej w ofercie wykazu wykonanych usług. Skoro tak to przyjąć także należy, że przepisy ustawy Pzp nie zabraniają, aby w ramach uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu skorzystać z dyspozycji art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp i wykazać, że wykonawca celem potwierdzenia spełniania wymagań będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego.

Odnosząc się merytorycznie do zarzutów dotyczących treści samego zobowiązania podmiotu trzeciego, Izba na wstępie zgadza się z Odwołującym, że udostępnienie zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia musi mieć charakter realny i rzeczywisty. Niewątpliwie udział podmiotu trzeciego w charakterze podwykonawcy części zadania w sposób najbardziej pełny wskazuje na realność udostępnienia zasobów, niemniej jednak należy pamiętać że nie jest to jedyny możliwy sposób wykazania rzeczywistego udostępnienia zasobów. Oceny realności wykorzystania udostępnionego zasobu należy dokonywać w konkretnych okolicznościach sprawy, mając na uwadze przedmiot zamówienia publicznego oraz charakter udostępnionych zasobów. Sam charakter powiązań prawnych między wykonawcą a podmiotem trzecim, na których zamierza on polegać, jest bez znaczenia, niemniej wykonawca musi być zdolny dowieść zamawiającemu, że rzeczywiście dysponuje wszelkimi środkami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Takie stanowisko zostało wyrażone w opinii Rzecznika Generalnego TSUE N. J. odnośnie sprawy o Sygn. C -324/14 Partner A. D. przeciwko Zarządowi Oczyszczania Miasta, w której Krajowa Izba Odwoławcza wystosowała pytania prejudycjalne. Nie można zatem podzielić stanowiska Odwołującego, że realność udostępnienia zasobów zachodzi wyłącznie przez udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia publicznego w charakterze podwykonawcy. W przypadku usług projektowych, jakie są przedmiotem tego zamówienia, będących usługami intelektualnymi nośnikiem wiedzy i doświadczenia jest przede wszystkim czynnik ludzki. Oznacza to, że przekazanie wiedzy i doświadczenia może odbyć się przez udostępnienie potencjału kadrowego tj. osób, które będą fizycznie zaangażowane w realizację projektu, wykorzystując podczas jego realizacji zdobytą wiedzę i doświadczenie.

W treści zobowiązania wskazano, że podmiot trzeci oddeleguje do wykonawcy szereg personelu w celu wykonywania usług projektowych tj. koordynatora w branży konstrukcyjno-budowlanej, koordynatora w branży urządzeń zabezpieczenia i sterowania ruchem kolejowym, koordynatora w branży sieci trakcyjnej i zasilania, koordynator w branży

telekomunikacyjnej, koordynator w branży sieci i instalacji elektroenergetycznych. Osoby te, posiadające doświadczenie w wykonywaniu usług projektowania, będą wykonywać czynności projektowe pod bezpośrednim nadzorem i kierownictwem wykonawcy i w ramach jego zespołu projektowego. W ocenie Izby, zobowiązanie podmiotu trzeciego złożone przez wykonawcę BBF w wyniku wezwania do uzupełnienia, wskazuje, że zasób w postaci wiedzy i doświadczenia został udostępniony w sposób rzeczywisty.

Zarzut dotyczący antydatowania zobowiązania podmiotu trzeciego nie został w żaden sposób uprawdopodobniony przez Odwołującego. Zarzutu tego nie uprawdopodobnia okoliczność, że wykonawca BBF nie wykazał już na etapie składania ofert, że korzysta z udostępnionych mu zasobów podmiotu trzeciego. Decyzja o sposobie wykazania potwierdzenia spełniania wymagań Zamawiającego to strategia biznesowa każdego z wykonawców. Brak podstaw, aby twierdzić, że z uwagi na brak złożenia w ofercie informacji o poleganiu na zasobach podmiotu trzeciego, takie zobowiązanie nie istniało w dacie składania ofert. Zobowiązanie podmiotu trzeciego udostępniającego zasób w postaci wiedzy i doświadczenia odnosi się do sytuacji, która obiektywnie istniała przed upływem składania ofert, dlatego też brak jakichkolwiek podstaw aby kwestionować złożony dokument jako wystawiony po terminie składania ofert.

Izba oddaliła wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków w osobach, które podpisały zobowiązanie do udostępnienia zasobów wskazując, że okoliczności, na jakie został powołany ten dowód - data i okoliczności sporządzenia zobowiązania - wynikają z treści samego dokumentu. Brak jakichkolwiek przypuszczeń, aby twierdzić, że zobowiązanie mogło zostać podpisane w dacie innej niż wynikająca z treści samego dokumentu. W tym stanie rzeczy, przeprowadzenie wnioskowanego przez Odwołującego dowodu prowadziłyby jedynie do przewlekłości postępowania odwoławczego.

Izba oddaliła wniosek Odwołującego o zawieszenie postępowania odwoławczego do czasu wydania orzeczenia przez Trybunał Sprawiedliwości UE i udzielenia odpowiedzi na pytania prejudycjalne wystosowane w sprawach C -324/14 oraz C-387/14 a także wniosek o złożenie pytania prejudycjalnego do TSUE wskazując, że w tym stanie faktycznym, mając na uwadze dotychczasowe orzecznictwo sądów powszechnych, Trybunału oraz poglądy doktryny nie zachodzi potrzeba zawieszenia postępowania odwoławczego.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uwzględni odwołanie wyłącznie jeśli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uznanie za zasadny zarzutu zaniechania odtajnienia zobowiązania

podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, nie powoduje jednak uwzględnienia całego odwołania, albowiem zdaniem Izby, wykazane naruszenie art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, w świetle uznania za niezasadne zarzutów dotyczących treści samego zobowiązania oraz zaniechania wykluczenia wykonawcy BBF z udziału w postępowaniu, pozostaje bez wpływu na wynik przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: