

Sygn. akt: KIO 2378/14

WYROK
z dnia 2 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 27 listopada 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2014 r. przez **wykonawcę Sygnity Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, al. Jerozolimskie 160** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **RWE Stoen Operator spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Piękna 46**

z udziałem **wykonawcy Comarch Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, al. Jana Pawła II 39a** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2378/14 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnić czynność oceny wniosków i powtórzyć tę czynność wobec wniosku eSourcing Spółka Akcyjna z zastosowaniem czynności wynikający z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego RWE Stoen Operator spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Piękna 46 i :

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Sygnity Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, al. Jerozolimskie 160** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **RWE Stoen Operator spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Piękna 46** na rzecz **wykonawcy Sygnity Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, al. Jerozolimskie** kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. uiszczonego wpisu .

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu ograniczonego na „Dostarczenie i wdrożenie centralnej aplikacji CBO (Centralnej Bazy Odczytowej), wraz z systemem klasy MDMS (Meter Data Management System) zostało wszczęte przez zamawiającego RWE Stoen Operator Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Piękna 46 ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 grudnia 2013r. za numerem 2013/S 249-437896.

W dniu 3 listopada 2014 roku odwołujący - wykonawca Sygnity Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, al. Jerozolimskie 160 został zawiadomiony przez zamawiającego o wynikach oceny ofert złożonych w postępowaniu, z której to informacji wynikało, iż zamawiający zgodnie z ogłoszeniem zakwalifikował do dalszego udziału w postępowaniu pięciu wykonawców, w tym eSourcing SA, kwalifikując tym samym wniosek odwołującego na pozycji szóstej. Odwołujący wystąpił do zamawiającego o uzyskanie dostępu do wniosku wykonawcy eSourcing SA, jednakże zamawiający odmówił udostępnienia całości wniosku twierdząc, iż wykaz głównych dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa eSourcing SA.

W dniu 6 listopada 2014 r. zamawiający umożliwił odwołującemu wgląd do złożonych przez wykonawców wniosków. W odniesieniu jednak do wniosku eSourcing SA, zamawiający nie udostępnił odwołującemu części wniosku, tj. wykazu głównych dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, argumentując, iż ta część wniosku została przez wykonawcę zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł pisemne odwołanie w dniu 13 listopada 2014r. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 19 września 2014 r. udzielonego przez dwóch wiceprezesów zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 13 listopada 2014 r, bezpośrednio na biuro podawcze oraz drogą elektroniczną. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy) przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art 8 ust. 1-3 ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust 3 zdanie drugie ustawy przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez eSourcing SA zastrzeżonych jako niejawnych części jego wniosku (tj. wykazu głównych dostaw), mimo iż informacje w nim zawarte są powszechnie dostępne i nie

stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

3) art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy przez zakwalifikowanie do złożenia oferty wykonawcy eSourcing SA mimo, iż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,

4) art. 51 ust. 1 ustawy przez zakwalifikowanie do złożenia oferty wykonawcy eSourcing SA, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i niezaproszenie do składania ofert odwołującego, mimo iż spełnia on warunki udziału w Postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności zakwalifikowania do składania ofert w zakresie, w jakim dotyczy ono eSourcing SA, oraz nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania wniosku eSourcing SA, a w jego wyniku odtajnienie zastrzeżonych pozycji wykazu głównych dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu oraz uznanie, iż przedstawione w wykazie dostawy nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu w brzmieniu na dzień składania wniosków i zakwalifikowania i zaproszenia do złożenia oferty przez odwołującego.

Odwołujący stwierdził, iż działanie zamawiającego narusza jego interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż wykonawca, który według wiedzy odwołującego nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu został zakwalifikowany do dalszego udziału w postępowaniu, podczas, gdy odwołujący, który spełnia warunki udziału został tej możliwości pozbawiony.

Odwołujący podniósł, że co do zasady postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne (art. 8 ust. 1 ustawy), a dostęp do informacji może być ograniczony wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie (art. 8 ust.2 ustawy). Oznacza to, że zasadniczo informacje składane przez wykonawców w postępowaniu, o ile nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, powinny być dostępne dla innych uczestników postępowania. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Warunki te muszą być spełnione łącznie, co oznacza, że chociażby nieziszczenie się jednego z nich skutkować będzie brakiem prawnej możliwości ochrony takiej informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Tym samym, jeżeli informacje objęte w wykazie głównych dostaw były w jakikolwiek sposób podane do publicznej wiadomości, to nie mogą one następnie korzystać z takiej ochrony jak informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa,

gdyż przez ich upublicznienie utraciły walor informacji chronionej.

Z dokumentacji postępowania, zdaniem odwołującego, wynika, że zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające względem wykonawcy eSourcing SA, jednakże ani wezwanie do wyjaśnień, ani odpowiedź wykonawcy eSourcing SA nie zostały odwołującemu udostępnione przez zamawiającego, a badanie to nie wpłynęło na odtajnienie zastrzeżonej części wniosku jako całości dokumentu, czy też zawartych w nim części informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odnosnie eSourcing SA zastrzeżenie wykazu głównych dostaw oraz dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie było i jest w ocenie odwołującego bezpodstawne, a zawarte w tym dokumencie informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący zauważył, że wykonawca eSourcing SA na swojej stronie internetowej, a zatem w miejscu publicznie dostępnym, zamieścił referencje uzyskane w latach 2009 - 2014 w związku z realizowanymi projektami (10 listów referencyjnych) oraz wykaz zrealizowanych zamówień (w sumie 27 zamówień). Referencji tych wykonawca eSourcing SA zatem nie traktował nigdy jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Biorąc pod uwagę okres istnienia wykonawcy na rynku (22.09.2009 rejestracja w KRS), a także wymagania zamawiającego określone w ogłoszeniu dla okresu dostaw referencyjnych, istnieje duże prawdopodobieństwo, iż zamieszczone na stronie internetowej referencje i opisy prowadzonych projektów dotyczą projektów najistotniejszych dla eSourcing SA, a prawdopodobnie również wszystkich prowadzonych w latach 2009-2014 projektów. Nie można zatem, w ocenie odwołującego, uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji zawartych w wykazie głównych dostaw jak również dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie, gdyż poprzez ich upublicznienie nie są spełnione przesłanki, o których mówi art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zamawiający winien, bez względu na stanowisko przedstawione przez wykonawcę eSourcing SA w wyjaśnieniach, informację wcześniej dostępną (legalnie) w Internecie, uznać za informację jawną, czego jednak zaniechał. Odwołujący zauważył również, że zakres nawet jeżeli sama treść zawartych przez eSourcing S.A. umów z ich odbiorcami została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, to informacje zawarte w udostępnionych przez eSourcing SA listach referencyjnych nie odbiegają od zakresu informacji wymaganych przez zamawiającego do wskazania w wykazie. Podkreślił, że ochronie w rozumieniu prawa zamówień publicznych podlega informacja a nie dokument będący jej nośnikiem, a zatem nawet jeżeli jedynie część dokumentu zawiera informację, dla której istnieje prawne uzasadnienie by uznać ją za tajemnicę przedsiębiorstwa, to nie oznacza to możliwości objęcia klauzulą i zastrzeżenia całego dokumentu. Jednocześnie odwołujący wskazał, że eSourcing S.A. nie złożył oferty występując w konsorcjum, a z kolei zgodnie z treścią ogłoszenia punktacja za realizację

zamówień przyznawana była jedynie za wdrożenia własne, nie natomiast udostępnione na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy.

Na dowód powyższego odwołujący załączył do odwołania wydruki z ogólnodostępnych stron internetowych eSourcing SA zawierające referencje oraz informacje publikowane opisujące dokonane przez tego wykonawcę wdrożenia i dostawy.

Odwołujący wskazał, że przedmiotem postępowania jest uzyskanie przez zamawiającego centralnej aplikacji CBO (Centralna Baza Odczytowa wraz z systemem MDMS (skrót z j. ang. Meter Data Management System - System Zarządzania Danymi Pomiarowymi). System MDMS jest zaawansowanym technologicznie systemem informatycznym, który automatycznie przetwarza, transmituje i zarządza danymi pomiarowymi. Zadaniem takiego systemu, w uproszczeniu, jest masowe pozyskiwanie danych pomiarowych (wartości pomiarów) z urządzeń technicznych (np.: liczniki, przeliczniki, różne urządzenia pomiarowe) oraz z innych systemów informatycznych generujących informacje o pomiarach i składowanie tych danych w Centralnej Bazie Odczytowej. Podsumowując: Centralna Baza Odczytowa wraz z systemem MDMS służy do gromadzenia i przetwarzania wyłącznie danych pomiarowych. Zamawiający w ogłoszeniu wymagał wykazania się przez wykonawców wiedzą i doświadczeniem opisanym w pkt III.2.3) Kwalifikacje techniczne. Na skutek zmian w ogłoszeniu dokonanych w dniu 14.01.2013 i w dniu 28.01.2013 (daty publikacji w TED) po konsolidacji poprawek warunków dotyczących kwalifikacji technicznych uzyskał następujące brzmienie:

3. Kwalifikacje techniczne:

Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów:

1. Zamawiający uzna, że wykonawcy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie jeżeli wykonawcy wykażą, że:

1.1. Wykonali w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania wniosków o dopuszczanie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 zamówienie o wartości minimum 3 000 000 PLN brutto, polegające (w ramach tego samego projektu) na:

- a) dostarczeniu i instalacji oprogramowania narzędziowego;
- b) wytworzeniu oprogramowania dedykowanego;
- c) wdrożeniu oprogramowania standardowego i dedykowanego,
- d) integracji systemu z oprogramowaniem dostarczonym przez inne niż Wykonawca podmioty w zakresie wymiany danych;

wyżej wymienione zamówienie musi obejmować wszystkie powyższe punkty oraz musi

spełniać następujące warunki:

- e) funkcjonalność oprogramowania obejmuje akwizycję, magazynowanie i przetwarzanie danych z urządzeń technicznych lub źródeł rozproszonych geograficznie,
- f) średnia dobową wydajność akwizycji z ww. urządzeń technicznych lub źródeł rozproszonych geograficznie (pobierania i przetwarzania danych) wynosi co najmniej 1 mln rekordów danych/dobę. Przez rekord danych należy rozumieć informacje dotyczące wszystkich wartości pomiarowych dla całej doby dla pojedynczego źródła. W przypadku zbierania danych z miliona urządzeń w trybie dobowym oznacza to akwizycję miliona rekordów na dobę.
- g) przechowywanie i zarządzanie w bazie danych systemu (we wszystkich tabelach bazy danych) wolumenem rekordów w liczbie minimum 30 mld (trzydziestu miliardów rekordów). Przez rekord należy rozumieć informację dotyczącą wartości pomiarowych. W przypadku zebrania danych z miliona urządzeń z rozdzielczością 15 minutową przez okres 366 dni oznacza przetwarzanie 35136 000 000 rekordów.
- h) obsługuje przynajmniej 30 równoczesnych użytkowników oprogramowania;
- i) jest zintegrowane z infrastrukturą pomiarową lub innymi rozproszonymi źródłami danych.

Biorąc pod uwagę powyższe, warunki udziału w postępowaniu zawarte w ogłoszeniu, należy interpretować przez art. 22 ust. 4 ustawy, zgodnie z którym opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym w zakresie posiadanego wiedzy i doświadczenia, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Oznacza to, iż wdrożenia potwierdzające spełnienie warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia nie mogą być oceniane w oderwaniu od przedmiotu zamówienia. Odwołujący zauważył, że zamawiający przewidział w ogłoszeniu, iż punktowane mogą być również wdrożenia dla branży energetycznej (innych niż Operator Systemu Dystrybucyjnego elektroenergetycznego lub Operator Systemu Przesyłowego elektroenergetycznego), telekomunikacyjnej lub finansowej. Jednak potwierdzeniem spełniania warunków udziału nie może być dowolne wdrożenie dla takich zamawiających, ale takie, które spełnia warunki podane w pkt III.2.3) ogłoszenia, w szczególności zaś, spełnia warunki w pkt III, ppkt 1 litery f) i g) tj pobiera i przetwarza oraz przechowuje i zarządza rekordami danych, w rozumieniu rekordu danych wskazanym przez zamawiającego. Taki warunek, zdaniem odwołującego, mogą spełnić jedynie systemy, które przetwarzają dane pomiarowe (wartości pomiarów). Jednocześnie dane powinny pochodzić z urządzeń technicznych lub źródeł rozproszonych geograficznie (np. inne systemy informatyczne generujące dane, które stanowią informacje o wartościach pomiarowych).

Tymczasem, z informacji zawartych w dołączonych do wniosku sprawozdaniach

finansowych za lata 2009-2012 (oraz informacji podanych na stronie internetowej wykonawcy), wynika, że wykonawca eSourcing SA jest przedsiębiorcą realizującym systemy i rozwiązania dedykowane do obsługi procesów i usług finansowych, które dostarcza dla odbiorców z sektora finansowego (głównie banki). Wdrażane przez eSourcing systemy do obsługi finansowej, operują danymi finansowymi i zawierają informację o transakcjach finansowych, więc nie pobierają, przetwarzają, ani nie przechowują lub zarządzają rekordami danych, w rozumieniu rekordu danych wskazanym przez zamawiającego. Jeśli w jakiś sposób spełniają wszystkie pozostałe postawione przez zamawiającego wymagania, to z pewnością nie operują rekordami danych, gdzie przez rekord danych należy rozumieć informacje dotyczące wszystkich wartości pomiarowych dla całej doby dla pojedynczego źródła, a każdy z rekordów danych gromadzonych w bazie danych winien zawierać informację dotyczącą wartości pomiarowych. Odwołujący zaznaczył, że systemy do obsługi finansowej, a takim doświadczeniem wykazuje się eSourcing S.A., nie spełniają postawionych przez zamawiającego warunków i żaden z 27 wdrożonych systemów wymienionych na stronie Internetowej eSourcing nie operuje na rekordach danych pomiarowych będącymi informacją o wartościach pomiarów.

Odwołujący wskazał, że lakoniczne wyjaśnienia wykonawcy eSourcing SA dotyczące spełnienia warunków udziału (pismo z dnia 25.09.2014r) przedstawione w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia czy usługi wymienione w wykazie usług spełniają wymogi z pkt III.2.3) ppkt 1, litery f) i g), nie powinny zostać przyjęte przez zamawiającego. W swoich wyjaśnieniach wykonawca eSourcing SA w żaden sposób nie wykazał, że wdrożone przez niego systemy wymienione w wykazie usług, operują rekordami danych stanowiącymi informację dotyczącą wartości pomiarowych wymienionych w pkt III.2.3) ppkt 1, litery f) i g).

Istotne w ocenie odwołującego jest to, że zgodnie z treścią wezwania zamawiającego z dnia 16 września 2014 roku, oświadczenie złożone przez wykonawcę eSourcing S.A. we wniosku, w wykazie usług, potwierdza jedynie spełnianie warunków udziału określonych pierwotnie w ogłoszeniu o zamówieniu. Nie potwierdza natomiast spełniania warunków określonych w ogłoszeniu na dzień składania wniosków. Oświadczenie z dnia 25 września 2014 roku złożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie potwierdza w szczególności, ani formalnie ani merytorycznie spełniania warunków, podczas gdy fundamentalną zasadą zamówień publicznych jest spełnianie warunków udziału w postępowaniu najpóźniej na dzień składania ofert bądź wniosków. Nie jest możliwe by te same wdrożenia potwierdzały zarówno spełnianie warunków udziału określonych w pierwotnym brzmieniu ogłoszenia jak i w ostatecznym. W ocenie odwołującego, wykonawca eSourcing niezależnie od złożonego oświadczenia, powinien złożyć również wykaz

potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, przy czym zarówno oświadczenie jak i wykaz (ze wskazaniem aktualnych warunków udziału) winien być złożony przez wykonawcę w oryginale.

Powyższe dowodzi zdaniem odwołującego, że wykonawca eSourcing SA nie spełnia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu i powinien zostać z postępowania wykluczony przez zamawiającego. W zaistniałym stanie faktycznym i prawnym, mając na uwadze przytoczoną argumentację oraz przepisy ustawy, odwołujący uznał, iż niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione i konieczne. Odwołujący wniósł również w pierwszej kolejności o rozważenie przez zamawiającego możliwości uwzględnienia odwołania oraz wykonania wnioskowanych przez odwołującego czynności bez rozprawy w KIO, co spowodować może dalsze koszty po stronie zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że wniósł niniejsze odwołanie, gdyż jego interes w uzyskaniu zamówienia, jako wykonawcy, który w przypadku wykluczenia wykonawcy eSourcing S.A. z postępowania, zostałby zakwalifikowany do dalszego udziału w postępowaniu. Obecnie wniosek odwołującego został sklasyfikowany na 6 pozycji, podczas, gdy zamawiający zgodnie z ogłoszeniem dokonywał zaproszenia do dalszego udziału w postępowaniu jedynie 5 wykonawców.

W dniu 14 listopada 2014r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 17 listopada 2014r. pisemnie swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Comarch Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, al. Jana Pawła II 39a. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż został zaproszony do składania ofert, a uwzględnienie odwołania może spowodować unieważnienie czynności oceny wniosków i w konsekwencji zmniejszyć szanse zgłaszającego przystąpienie na uzyskanie zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 3 lutego 2014r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana faksem zamawiającemu i odwołującemu w dniu 17 listopada 2014r.

W dniu 25 listopada 2014r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Zamawiający odnosząc się do zarzutu zaniechania odtajnienia części wniosku Wykonawcy eSourcing S.A., podniósł, że nie wiedział, że na stronie internetowej Wykonawcy eSourcing S.A. znajdują się referencje analogiczne do większości referencji złożonych przez tego Wykonawcę we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Z chwilą

uzyskania takiej wiedzy tj. w dniu 13 listopada 2014 r. zamawiający odtajnił część wniosku eSourcing S.A., która została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. wykaz zamówień oraz referencje w zakresie, w jakim informacje te znajdują się na stronie internetowej Wykonawcy eSourcing S.A. Skany odtajnionych dokumentów zamawiający przekazał odwołującemu Sygnity. Były to te same referencje, co referencje załączone przez odwołującego do odwołania. Skoro odwołujący miał wiedzę na temat doświadczenia Wykonawcy eSourcing S.A. to mógł postawić, i postawił, zarzuty odnośnie tego doświadczenia. Dlatego wcześniejszy brak odtajnienia tych dokumentów nie ma wpływu na wynik postępowania oraz na zakres podniesionych zarzutów.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Podniesione przez odwołującego zarzuty w zakresie dotyczącym tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. Zamawiający podkreślił, że uwzględnienie przez zamawiającego części zarzutów odwoławczych nie jest tożsame z koniecznością uwzględnienia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Mechanizm postępowania Izby w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów odwoławczych został wyczerpująco opisany w wyroku KIO z dnia 16 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO 1337/12, KIO 1349/12 oraz KIO 1353/12: „Odnosząc się do kwestii relacji pomiędzy art. 179 ust. 1 oraz art. 192 ust. 2 pzp, Izba wskazuje za orzecznictwem; „Może też zaistnieć sytuacja, że - niezależnie od posiadania przez Odwołującego interesu z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, i uznania zarzutów za zasadne - odwołanie zostanie oddalone, a to na podstawie art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych: Izba bowiem uwzględnia odwołanie tylko w wypadku, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. (...) Ustawodawca wprowadzając przepis art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych musiał założyć możliwość zaistnienia sytuacji, że odwołanie może okazać się słuszne i zasadne, jednak jeżeli jego uwzględnienie pozostaje bez korelacji z wynikiem postępowania, należy je oddalić - priorytetem jest szybkość postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przepis art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych pozostaje bez związku z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, a więc istnieniem bądź nie interesu w uzyskaniu zamówienia (czy złożenia odwołania). Reasumując, ani spełnienie przesłanki z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, ani zasadność zarzutów nie przesądzają jeszcze o uwzględnieniu odwołania; taka sytuacja zaistniała w niniejszym postępowaniu odwoławczym" (za wyrokiem KIO z dnia 27 kwietnia 2011 r., sygn. akt: KIO 776/11.

Co do zarzutu dotyczącego spełniania warunku doświadczenia przyznanej eSourcing S.A. punktacji wniosku to, zdaniem odwołującego, Wykonawca eSourcing S.A. nie spełnia

elementu warunku z lit. f) i g) w związku z ustanowioną przez zamawiającego definicją rekordu danych. Według odwołującego skoro w warunku mowa o „wartościach pomiarowych”, to mając na uwadze przedmiot zamówienia -oprogramowanie zbierające i przetwarzające dane o wartościach pomiarowych - nie można za wartości pomiarowe uznać danych finansowych. W ocenie zamawiającego, zarzut odwołującego jest niesłuszny, a odwołujący błędnie interpretuje postawiony w ogłoszeniu warunek. Odwołujący pomija treść lit. e) warunku: funkcjonalność oprogramowania obejmuje akwizycję, magazynowanie i przetwarzanie danych z urządzeń technicznych lub źródeł rozproszonych geograficznie.

Zamawiający wyjaśnił, że przez urządzenie techniczne lub źródło rozproszone, o którym mowa w warunku doświadczenia, należy rozumieć dowolny system IT lub urządzenie:

- energetyczne (np. licznik energii elektrycznej, czujnik pomiarowy, czujnik stanowy, analizator, sterownik) lub
- telekomunikacyjne (np. telefon, modem, router, przełącznik) lub
- informatyczne (np. serwer, laptop, komputer, tablet) lub
- finansowe (np. bankomat, terminal płatniczy),

które przesyła dane do systemu centralnego.

Z kolei przez wartość pomiarowa należy rozumieć każdą wartość pozyskaną z urządzenia technicznego lub źródła rozproszonego.

Odwołujący pominął również fakt, że dla wykazania spełniania warunku doświadczenia, zamawiający nie wskazywał branży, dla której oprogramowanie miało być realizowane. A zatem nie musiała to być branża energetyczna, co sugeruje odwołujący wskazując na interpretację warunku przez pryzmat przedmiotu zamówienia. Dla przyznania punktacji w celu zakwalifikowania się na listę 5 wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do złożenia oferty, zamawiający w pkt VI.3) określił, iż:

„Zamawiający przyzna punkty za każde wykonane zamówienie w następujący sposób:

- a. 5 punktów za każde zamówienie zgodne z punktem 3.2.3) ppkt 1

zrealizowane na rzecz Operatora Systemu Dystrybucyjnego elektroenergetycznego lub Operatora Systemu Przesyłowego elektroenergetycznego,

- b. 2 punkty za każde zamówienie zgodne z punktem 3.2.3) ppkt 1

zrealizowane w przedsiębiorstwach z branży energetycznej (innych niż Operator Systemu Dystrybucyjnego elektroenergetycznego lub Operator Systemu Przesyłowego elektroenergetycznego), telekomunikacyjnej lub finansowej”.

Przy takiej interpretacji warunku, jaką przedstawia odwołujący, niemożliwe byłoby przyznanie punktów za oprogramowanie zrealizowane w branży telekomunikacyjnej lub finansowej. A zatem sposób interpretacji warunku przedstawiony przez odwołującego jest błędny.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wniosku eSourcing SA str. 106 do 120 z wyłączeniem str. 114-115, pisma zamawiającego z dnia 13 listopada 2014r. o odtajnieniu części wniosku wykonawcy eSourcing, wezwania przez zamawiającego eSourcing do wyjaśnień ewentualnie do uzupełnienia z dnia 16 września 2014r. i odpowiedzi eSourcing na to wezwanie z dnia 25 września 2014r., informacji ze strony internetowej eSourcing.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, że :

W Sekcji III.2.3 pkt 1. Ogłoszenia po zmianach zamawiający w następujący sposób opisał kwalifikacje techniczne wykonawców - zamawiający uzna, że wykonawcy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie, jeżeli wykonawcy wykażą, że wykonali w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania wniosków o dopuszczanie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 1 zamówienie o wartości minimum 3 000 000 PLN brutto, polegające (w ramach tego samego projektu) na:

- a) dostarczeniu i instalacji oprogramowania narzędziowego,
- b) wytworzeniu oprogramowania dedykowanego,
- c) wdrożeniu oprogramowania standardowego i dedykowanego,
- d) integracji systemu z oprogramowaniem dostarczonym przez inne niż Wykonawca podmioty w zakresie wymiany danych;

wyżej wymienione zamówienie musi obejmować wszystkie powyższe punkty oraz musi spełniać następujące warunki:

- e) funkcjonalność oprogramowania obejmuje akwizycję, magazynowanie i przetwarzanie danych z urządzeń technicznych lub źródeł rozproszonych geograficznie,
- f) średnia dobowo wydajność akwizycji z ww. urządzeń technicznych lub źródeł rozproszonych (pobierania i przetwarzania danych) wynosi co najmniej 1 mln rekordów danych/dobę. Przez rekord danych należy rozumieć informacje dotyczące wszystkich wartości pomiarowych dla całej doby dla pojedynczego źródła. W przypadku zbierania danych z miliona urządzeń w trybie dobowym oznacza to akwizycję miliona rekordów na dobę. dla jednego źródła w danym momencie czasu. W przypadku zebrania danych z miliona urządzeń z rozdzielczością 15 minutową przez okres 366 dni oznacza przetwarzanie 35 136 000 000 rekordów
- g) przechowywanie i zarządzanie w bazie danych systemu (we wszystkich tabelach bazy danych) wolumenem rekordów w liczbie minimum 30 mld (trzydziestu miliardów rekordów). Przez rekord należy rozumieć informację dotyczącą wartości pomiarowych
- h) obsługuje przynajmniej 30 równoczesnych użytkowników oprogramowania,

i) jest zintegrowane z infrastrukturą pomiarową lub innymi rozproszonymi źródłami danych

W sekcji IV.3 zamawiający opisał sposób składania i oceny wniosków :

Wniosek należy złożyć w kopercie lub innym trwałym i nienaruszalnym opakowaniu umieszczając na nim następujące informacje: „Wniosek o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym FZ-Z/P106/13 na „Dostarczenie i wdrożenie centralnej aplikacji CBO (Centralnej Bazy Odczytowej), wraz z systemem klasy MDMS (Meter Data Management System)” oraz „Nie otwierać przed dniem 10.02.2014 r., godz.

12:00”. Wnioski należy złożyć w kancelarii RWE Polska S.A. lub wysłać na adres: RWE Polska S.A., 00-347 Warszawa, ul. Wybrzeże Kościuszkowskie 41.

1. Zamawiający zaprosi do składania ofert 5 Wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu.

Jeżeli Wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, będzie więcej niż 5, to Zamawiający zaprosi do składania ofert tych 5 Wykonawców, którzy otrzymali najwyższą ocenę spełnia warunku doświadczenia z pkt III.2.3) ppkt 1. Zamawiający przyzna punkty za każde wykonane zamówienie w następujący sposób:

a. 5 punktów za każde zamówienie zgodne z punktem III.2.3) ppkt 1 zrealizowane na rzecz Operatora Systemu Dystrybucyjnego elektroenergetycznego lub Operatora Systemu Przesyłowego elektroenergetycznego

b. 2 punkty za każde zamówienie zgodne z punktem III.2.3) ppkt 1 zrealizowane w przedsiębiorstwach z branży energetycznej (innych niż Operator Systemu Dystrybucyjnego elektroenergetycznego lub Operator Systemu Przesyłowego elektroenergetycznego), telekomunikacyjnej lub finansowej,

2. Punkty za realizację powyższych zamówień, zostaną przyznane jedynie za zamówienia zrealizowane przez Wykonawcę lub Wykonawców ubiegających się o udzielenie niniejszego zamówienia.

Zamawiający nie przyzna punktów za realizację usług wykonanych przez podmioty trzecie, z których zasobów Wykonawca korzysta na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu.

3. W sytuacji, gdy dwóch lub więcej Wykonawców uzyska taką samą liczbę punktów, co będzie miało wpływ na wyłonienie 5 Wykonawców, do udziału w postępowaniu zostanie zaproszony ten Wykonawca, spośród Wykonawców uzyskujących taką samą liczbę punktów, którego łączna wartość zamówień będzie największa.

W pierwotnym ogłoszeniu zamawiający opracował dwa załączniki będące wykazami usług:

Pierwszy obejmujący wymagania opisane w lit. a-d opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i w tym wykazie wykonawca musiał podać :

przedmiot usługi, datę usługi, wartość usługi brutto, ilość obsługiwanych obiektów, odbiorcę usługi, wykonawcę usługi, zaś drugi dotyczył wymagań opisanych w lit. e-i opisu sposobu

dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i w tym wykazie wykonawca musiał podać : przedmiot usługi, datę usługi, odbiorcę usługi, wykonawcę usługi. Oba wykazy określały, że zamówienia w nich podawane miały być zamówieniami powyżej 3 000 000,00zł.

Ostateczna wersja załączników zawierała tylko jeden wykaz cytujący ostateczne brzmienie warunku z uwzględnieniem liter od a-i, oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i w tym wykazie wykonawca musiał podać : przedmiot usługi, datę usługi, odbiorcę usługi, wykonawcę usługi.

Z załączonego do wniosku eSourcing wykazu wynika, że zastosował on drugi z wykazów wchodzący w pakiet załączników do pierwotnego ogłoszenia i w nim eSourcing przedstawił sześć usług:

W poz. 1 na system „Wygodne rachunki” wykonany w 2005r. wraz z ciągłą rozbudową do 2014r. dla PEKAO SA – referencja str. 112,

W poz. 2 system bill-payments wykonany w 2011r. wraz z ciągłą rozbudową do 2014r. dla Euronet SA – referencja str. 110,

W poz. 3 system identyfikacji płatności wykonany w 2011r. wraz z ciągłą rozbudową do 2014r. dla Raiffeisen Bank SA – referencja str.120,

W poz. 4 system bill-payments i pre-paid wykonany w 2003r. wraz z ciągłą rozbudową do 2014r. dla Grupy LEW SA – referencja str. 118

W poz. 5 system ATOM wykonany w 2007r. wraz z ciągłą rozbudową do 2014r. dla Bank PKO BP SA – referencja str. 116

W poz. 6 System obsługi Faktoringu i odwrotnego Faktoringu wykonany w 2009r. wraz z ciągłą rozbudową do 2014r. dla Alior Bank SA – referencja str.108.

W dniu 16 września 2014r. zamawiający wezwał eSourcing na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy do wyjaśnień oświadczeń i dokumentów tj.:

1) wykazu zamówień w następującym zakresie:

- czy usługi wymienione w wykazie usług spełniają wymogi z pkt III.2.3) ppkt 1 lit. f) i g) ogłoszenia o zamówieniu w jego ostatecznej wersji:

f) średnia dobowa wydajność akwizycji z ww. urządzeń technicznych lub źródeł rozproszonych (pobierania i przetwarzania danych) wynosi co najmniej 1 min rekordów danych/dobę. Przez rekord danych należy rozumieć informacje dotyczące wszystkich wartości pomiarowych dla całej doby dla pojedynczego źródła. W przypadku zbierania danych z miliona urządzeń w trybie dobowym oznacza to akwizycję miliona rekordów na dobę.

g) przechowywanie i zarządzanie w bazie danych systemu (we wszystkich tabelach bazy danych) wolumenem rekordów w liczbie minimum 30 mld (trzydziestu miliardów rekordów). Przez rekord należy rozumieć informację dotyczącą wartości pomiarowych dla jednego

źródła w danym momencie czasu. W przypadku zebrania danych z miliona urzędzeń z rozdzielczością 15 minutową przez okres 366 dni oznacza przetwarzanie 35 136 000 000 rekordów.

Zamawiający stwierdził bowiem, że wykaz zamówień cytuje treść warunku (lit. f) i g)) sprzed zmiany ogłoszenia, dokonanej w dniu 23.01.2014 r. (data wysłania ogłoszenia do Dziennika Urzędowego UE i zamieszczenia na stronie internetowej Zamawiającego). Stąd powstała wątpliwość, czy wskazane przez eSourcing zamówienia referencyjne spełniają wszystkie elementy warunku doświadczenia i które z nich. Zamawiający wskazał, że może zweryfikować przekazane przez eSourcing wyjaśnienia u wystawców referencji.

W przypadku, gdy ani jedno wskazane przez eSourcing zamówienie referencyjne nie spełnia wszystkich elementów warunku doświadczenia, wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu. zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy wezwał do uzupełnienia wykazu zamówień wraz z dowodami ich należytego wykonania.

Wyjaśnienia, ew. uzupełnienia, należało złożyć do dnia 29 września 2014 r., z tym że dokumenty i oświadczenia składane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu musiały być złożone w formie oryginałów lub kserokopii poświadczonych za zgodność z oryginałem. Uzupełniane dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później, niż w dniu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Wykonawca w tym piśmie, ani w żadnym innym nie był wzywany do wyjaśnienia podstaw zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W dniu 25 września eSourcing złożył wyjaśnienia w tym oświadczenie dotyczące utajnienia informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, oświadczając, że informacje zawarte w niniejszym dokumencie będące integralną częścią oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zgodnie z art.11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503).

W związku z powyższym ich treść jest poufna.

Oraz złożył oświadczenie, że usługi wymienione w wykazie usług spełniają wymogi zawarte przez zamawiającego w pkt. III 2.3)ppkt 1 lit. F) i g) ogłoszenia o zamówieniu w jego ostatecznej wersji. Nadmienił również, iż wykazane wdrożenia (warunek doświadczenia) na moment składania wniosków, wszystkie reprezentowały systemy spełniające warunki wskazane powyżej, na które powołuje się zamawiający. Do pisma nie załączono nowego wykazu.

Z wydruków ze strony internetowej eSourcing wynika, że wdrożenia dla:

Alior Bank dotyczyły SOFIF- systemu Trade do obsługi faktoringu oraz odwrotnego faktoringu. Funkcjonujący w modelu outsourcingu system dekompozycji kodów kreskowych

automatyzujący obsługę transakcji gotówkowych dokonywanych w oddziałach banku, system emisji obligacji.

Euronet – dostarczany w modelu outsourcingu system wspierający obsługę płatności za rachunki domowe w terminalowej sieci ePay,

Grupa Lew - Świadczona w modelu outsourcingu usługa wspierająca obsługę elektronicznych doładowań kont telefonów komórkowych (pre-paid) oraz płatności za rachunki domowe (bill payment) w sieci terminalowej Dobry Punkt.

Pekao – wygodne rachunki – dostarczane w modelu outsourcingu usługa do obsługi sieci płatności gotówkowych za rachunki. Prócz przetwarzania danych usługa obejmuje również pomoc w przygotowaniu odpowiedniej dokumentacji produktowej, pozyskiwanie struktur kodów kreskowych, komunikację z wystawcami faktur, infolinię techniczną i reklamacyjną oraz szkolenia. Zintegrowana z systemem płatności za rachunki aplikacja sprzedaży doładowań pre-paid na terminale Verifone i Ingenico.

PKO BP - Platforma Transakcyjno-Rozliczeniowa (PTR) - zintegrowana z systemami bankowymi platforma wspierająca obsługę procesów wewnętrznych oraz usług i produktów bankowych z obszaru bankowości transakcyjnej dla klientów korporacyjnych banku. System otrzymał tytuł „Rekomendacja Gazety Bankowej” w konkursie Hit Roku 2011 w kategorii „Rozwiązanie” oraz nagrodę Europroduktu w roku 2012. Uruchomienie na Platformie PTR ok. 80 procesów/usług bankowych m.in. do obsługi cash pooling, programu lojalnościowego, systemu planowania i kontroli przepływów pieniężnych dla klientów korporacyjnych. System skanowania zgód Polecenia Zapłaty oraz automatycznego odczytu ich treści techniką OCR. System Raportowy - System generowania raportów będący częścią usługi umożliwiającej klientom Banku korzystających z bankowości elektronicznej definiowanie własnych, niestandardowych formatów plików z transakcjami w celu zasilenia nimi aplikacji zewnętrznych (np. systemów finansowo-księgowych).

Rainffeisen Polbank - Usługa wspierająca obsługę płatności za rachunki domowe w sieci terminalowej e-va. SIP – System Identyfikacji Płatności (matchingu), konwersji oraz dystrybucji elektronicznych raportów i wyciągów bankowych (outsourcingu usługi). Aplikacja umożliwiająca aktywację rachunku bankowego przez internet na podstawie przelewu natychmiastowego inicjowanego przez klienta z innego banku.

Z pisma zamawiającego z dnia 13 listopada 2014r. wynika, że zamawiający ocenił jako bezpodstawnie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa dane zawarte we wniosku eSourcing SA na str. 106 do 120 z wyjątkiem referencji na str. 114-115 nie objętej wykazem tj. wykaz wykonanych usług w całości oraz załączone do niego referencje.

Na podstawie powyższych ustaleń wynikają następujące fakty:

Brak jest dowodu na to, że zamawiający weryfikował prawidłowość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa we wniosku eSourcing. Brak takiego wezwania w aktach postępowania, wbrew stanowisku zamawiającego wyrażonym na rozprawie. Oświadczenie eSourcing z dnia 25 września 2014r. dotyczy poufności wyjaśnień z dnia 25 września 2014r., dla których prawo do ich utajnienia wykonawca wywodzi z zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa we wniosku. Brak jest dowodów na to, że eSourcing podjął jakąkolwiek próbę uzasadnienia prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający sam przyznał na rozprawie, że badał prawidłowość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jedynie w odniesieniu do tych wykonawców, którzy zastrzegli w swoich wnioskach informacje o zamówieniach realizowanych na rzecz zamawiającego publicznych. Izba zatem ustaliła, że zamawiający przed dniem 13 listopada 2014r. nie weryfikował prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie eSourcing.

Bezsporne jest, że zamawiający w dniu 13 listopada 2014r. udostępnił odwołującemu wykaz usług zawarty we wniosku wraz z referencjami dotyczącymi tych usług, uznając brak podstaw do uznania informacji w tych dokumentach zawartych za tajemnicę przedsiębiorstwa eSourcing i wykaz ten był sporządzony na załączniku opracowanym przez zamawiającego dla pierwotnego brzmienia ogłoszenia i nie zawierał wskazania wartości brutto usługi, ilości obsługiwanych obiektów oraz wykonawcy. Poza wezwaniem z 16 września 2014r. zamawiający nie kierował do eSourcing innych wezwań, a eSourcing nie składał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy jakichkolwiek dokumentów, w tym nowego wykazu usług.

Zamawiający w lit. a-b postawionego przez siebie warunku nie posługuje się pojęciem systemu, ale odpowiednio oprogramowania narzędziowego, oprogramowania standardowego i dedykowanego, jedynie w przypadku integracji posługuje się pojęciem integracji systemu z oprogramowaniem dostarczonym przez inne niż wykonawca podmioty w zakresie wymiany danych. Dostawa, na którą wskazywał odwołujący na rozprawie, wbrew jego twierdzeniu, nie posługuje się pojęciem dostawy systemu informatycznego, ale oprogramowania narzędziowego. Zamawiający nie zdefiniował tego pojęcia, ale wedle powszechnej wiedzy przeciętnego użytkownika komputerowego oprogramowanie narzędziowe usprawnia konfigurację, albo naprawia system, do takiego oprogramowania można zaliczyć np. oprogramowanie diagnostyczne. Zatem wbrew stanowisku odwołującego zamawiający nie domagał się dostawy systemu do zamawiającego. Stąd w świetle opisanego warunku Izba nie odmówiła wiary wyjaśnieniom zamawiającego, że możliwe było zaoferowanie mu rozwiązania opartego o możliwość wymiany danych za pomocą protokołu

internetowego. Za zakazem wykazania się doświadczeniem w outsourcingu nie przemawia także sformułowanie „wytworzenie oprogramowania dedykowanego”. Oprogramowanie dedykowane, to językowo - oprogramowanie stworzone w celu realizacji potrzeb konkretnego klienta, sam fakt jego wytworzenia nie odpowiada na pytanie, jak ma być zrealizowany system. Pojęcie wdrożenia oprogramowania standardowego i dedykowanego również nie zawiera wskazania, gdzie to oprogramowanie ma być wdrażane w ramach czyjej infrastruktury i w jaki sposób funkcjonować. Wymóg integracji systemu z oprogramowaniem dostarczonym przez inne niż wykonawca podmioty w zakresie wymiany danych nie wskazuje na to, że ma być to system osadzony na infrastrukturze zamawiającego, w tym wymaganiu mowa jest jedynie o tym, że system ma integrować oprogramowanie innych niż wykonawca podmiotów, co jest logicznym wymaganiem sprawdzającym umiejętności wykonawców, gdyż o ile oprogramowanie własne wykonawcy ze stworzonym przez wykonawcę systemem raczej powinno się integrować, o tyle integracja systemu z cudzym oprogramowaniem służy zmierzeniu doświadczenia wykonawcy. Na podstawie analizy literalnej brzmienia opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków w postępowaniu, Izba ustaliła, że z brzmienia tych postanowień nie wynika jednoznaczny zakaz oferowania systemów udostępnianych w drodze outsourcingu usług.

Zamawiający zdefiniował rekord w ostatecznym brzmieniu jako rozumieć informacje dotyczące wszystkich wartości pomiarowych dla całej doby dla pojedynczego źródła (lit. f) i jako informację dotyczącą wartości pomiarowych (lit. g). Z wymagań f i g wynika, że wartości pomiarowe mają być zbierane, a następnie jako informacje z pojedynczego źródła w ciągu doby pobierane i przetwarzane oraz przechowywane i zarządzane. Zamawiający nie przedstawił definicji wartości pomiarowej, a w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że wartością pomiarową jest każda wartość pozyskana z urządzenia technicznego lub źródła rozproszonego. Dodatkowo w krótkim opisie przedmiotu zamówienia zamawiający wskazał, że zamawiany system ma służyć do zarządzania urządzeniami, danymi pomiarowymi, konfiguracjami oraz harmonogramowaniem odczytów, sterowaniem i bilansowaniem przepływów energii elektrycznej odpowiednimi modułami. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wskazał, że danymi pomiarowymi mają być dane odczytywane z urządzeń pomiarowych pozwalające na sterowanie i bilansowanie przepływów energii elektrycznej. Nie mniej jednak z opisu sposobu kwalifikacji wykonawców do dalszego udziału w postępowaniu, wynika, że zamawiający przyzna 2 punkty także za systemy finansowe lub telekomunikacyjne. Na podstawie powyższego Izba ustaliła, że zamawiający uważał, że istnieją systemy finansowe będące również systemami telemetrycznymi. Odwołujący na rozprawie natomiast wskazał, że systemy finansowe nie gromadzą danych pomiarowych, gdyż dane do takich systemów są wprowadzane ręcznie. Oceniając stanowisko odwołującego

należy stwierdzić, że jeśli nie dopuszczał on możliwości przyznawania punktów za systemy finansowe z uwagi na brak spełnienia wymagania rekordu jako danej pomiarowej, to powinien był skarżyć sekcję IV.3 ogłoszenia. Natomiast jeśli uważał, że istnieją systemy finansowe, które gromadzą dane pomiarowe, to powinien był wykazać, że systemy wskazane przez eSourcing takich danych nie mogą gromadzić. W tym zakresie jednak odwołujący poprzestał wyłącznie na swoich twierdzeniach.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne opisane w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba wydała postanowienie o oddaleniu opozycji odwołującego.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż zamawiający zgodnie z ogłoszeniem zakwalifikował do dalszego udziału w postępowaniu pięciu wykonawców, w tym eSourcing SA, kwalifikując tym samym wniosek odwołującego na pozycji szóstej. Odwołujący zmierza odwołaniem do wyeliminowania wykonawcy zakwalifikowanego do dalszego udziału w postępowaniu i zapewnienia sobie możliwości zakwalifikowania do składania ofert. Tym samym dąży do zapewnienia możliwości złożenia oferty w niniejszym postępowaniu, a w konsekwencji utrzymania szansy na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci kosztów przygotowania wniosku, a także potencjalnie w postaci utraty zysku, jaki zamierza osiągnąć, w wyniku złożenia oferty i uzyskania zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art 8 ust. 1-3 ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust 3 zdanie drugie ustawy przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez eSourcing SA zastrzeżonych jako niejawnych części jego wniosku (tj. wykazu głównych dostaw), mimo iż informacje w nim zawarte są powszechnie dostępne i nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

Zarzut potwierdził się. Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego zamawiający nie weryfikował prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa we wniosku eSourcing przed datą wniesienia odwołania. Zaś po tej dacie (tj. 13 listopada 2014r.) uznał rację odwołującego uznając za nieprawidłowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa wykaz usług oraz załączone do niego referencje. Zamawiający przyznał, że informacje te nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, skoro są danymi podanymi do powszechnej wiadomości przez eSourcing na jego własnej stronie internetowej. W tym stanie rzeczy zamawiający odmawiając odwołującemu wglądu do wniosku eSourcing w części przez tego wykonawcę oznaczonej jako tajemnica przedsiębiorstwa i nie dokonując czynności weryfikacji prawidłowości takiego oznaczenia pod kątem spełniania przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w tym przypadku przesłanki podjęcia przez przedsiębiorcę niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji. Art. 8 ust. 1 ustawy stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a ust. 2 wskazuje, że zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Zatem w niniejszym postępowaniu zamawiający niewątpliwie naruszył art. 8 ust. 1 i 2 ustawy nie ujawniając informacji z wniosku eSourcing, które nie spełniały ustawowych przesłanek z art. 8 ust. 3 ustawy. W tym stanie rzeczy zarzut potwierdził się. Jednakże mając na uwadze, że Izba przy wydawaniu orzeczenia bierze pod uwagę stan sprawy ustalony w toku postępowania, stwierdzone naruszenie wobec faktu jego naprawienia przez zamawiającego w dniu 13 listopada 2014r. przez udostępnienie odwołującemu wykazu wraz z referencjami nie ma i nie może mieć już istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż spór w tym zakresie wygasł. Zatem z mocy art. 192 ust. 2 ustawy zarzut w tym zakresie nie może być podstawą uwzględnienia odwołania. Jedynie na marginesie Izba zwraca uwagę stron, że użyte w art. 192 ust. 2 ustawy pojęcie „wpływ na wynik postępowania” jest odnoszone do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie postępowania odwoławczego, do którego nawiązuje argumentacja zamawiającego. Co do wniosku odwołującego z rozprawy o udostępnienie wykazu na podstawie, którego zamawiający dokonał oceny wniosku eSourcing, to Izba stwierdza, że odwołującemu został udostępniony jedyny wykaz złożony przez eSourcing w niniejszym postępowaniu. Po dacie składania wniosków wykaz nie był uzupełniany, stąd wniosek odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. \

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy przez zakwalifikowanie do złożenia oferty wykonawcy eSourcing SA mimo, iż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 51 ust. 1 ustawy przez zakwalifikowanie do złożenia oferty wykonawcy eSourcing SA, który nie spełnia warunków

udziału w postępowaniu i niezaproszenie do składania ofert odwołującego, mimo iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu.

Zarzuty zasługują na uwzględnienie. W ocenie Izby przy rozpoznaniu tego zarzutu nie można pominąć zakresu żądań zgłoszonych przez odwołującego, a zgodnie z odwołaniem odwołujący wniósł o unieważnienie czynności zakwalifikowania do składania ofert w zakresie w jakim dotyczy ono eSourcing SA, oraz nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania wniosku eSourcing SA, a w jego wyniku odtajnienie zastrzeżonych pozycji wykazu głównych dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu oraz uznanie, iż przedstawione w wykazie dostawy nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu w brzmieniu na dzień składania wniosków. Zatem odwołujący nie domaga się wykluczenia wykonawcy eSourcing z postępowania, ale ponownego badania jego wniosku i niezakwalifikowania go do dalszego udziału w postępowaniu. W ocenie Izby takie sformułowanie żądań wskazuje, że odwołujący ma świadomość, że ponoszona przez niego błędna ocena przez zamawiającego wykazu musi być osadzona w realiach postępowania, a zatem żądanie musi uwzględniać konieczność przeprowadzenia czynności badania wniosku eSourcing z uwzględnieniem przepisów art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, którymi zamawiający pozostaje bezwzględnie związany. Stąd zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy skorelowany z wyrażonym przez odwołującego żądaniem wskazuje na najdalej idący skutek, do jakiego może dojść w wyniku ponownego badania wniosku przez zamawiającego, ale nie jest zamiarem odwołującego domaganie się nakazania wykluczenia eSourcing z postępowania, a jedynie niezakwalifikowanie jego wniosku na tzw. „krótką listę” wniosków złożonych przez wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert. Art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy stanowi o obowiązku nałożonym na zamawiającego wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zaś art. 51 ust. 1 ustawy wskazuje, że zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 5 i nie większej niż 20.

Wzajemna zależność tych norm prawnych wskazuje, że do składania ofert nie może być zaproszony wykonawca, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Zatem dopuszczenie do dalszego udziału w postępowaniu wykonawcy, co do którego zamawiający nie podjął wszystkich czynności, do których był zobowiązany na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, należy uznać za postępowanie niezgodne z przytoczonymi normami, oraz

prowadzące w konsekwencji do nierównego traktowania wykonawców na etapie składania ofert, gdyż wykonawcy spełniający warunki udziału w postępowaniu musieli by konkurować z wykonawcą, który nie jest wiarygodny w zakresie swojej zdolności do wykonania zamówienia. Ustalone w niniejszym postępowaniu fakty wskazują w ocenie Izby, że zamawiający naruszył art. 51 ust. 1 ustawy nie dokonując czynności, do których był zobowiązany na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy. Art. 26 ust. 3 ustawy nie precyzuje bowiem rodzaju błędu, jakim obarczony jest składający na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu dokument lub oświadczenie. Bezsporne jest, że złożony przez eSourcing wykaz był sporządzony na formularzu nie zawierającym wszystkich danych wymaganych przez zamawiającego tj. wartości usługi brutto, ilości obsługiwanych obiektów, co więcej w nagłówku wskazywał na brzmienie pierwotne i niekompletne opisu sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu (ustalonym modyfikacją z dnia 28 stycznia 2014r.). W tym zakresie zamawiający powinien był wykonawcę eSourcing wezwać nie tylko do wyjaśnień, jak to uczynił w dniu 16 września 2014r. (przy czym wyjaśnienia dotyczyły tylko potwierdzenia spełniania wymagań z liter f i g warunku), ale również do wyeliminowania błędnego dokumentu i zastąpienia, go dokumentem prawidłowym potwierdzającym spełnianie wymagań zamawiającego na datę składania wniosków. Izba wskazuje, że w ocenie Izby sprzeczne z postanowieniami ogłoszenia sekcją IV.3 - Wymagania dodatkowe - jest zaniechanie wezwania przez zamawiającego do uzupełnienia wykazu o rzeczywistą wartość usługi brutto i porzucenie jedynie na oświadczeniu o wartości usługi powyżej 3 mln. zł. Zamawiający bowiem od sumy wartości zamówień z wykazu uzależniał kwalifikowanie wykonawców do dalszego udziału w przypadku równej liczby punktów. To, że taka równość punktów nie dotyczyła eSourcing, nie oznacza, że zamawiającemu wolno było odstąpić od tego wymagania. Również zamawiający nie uzyskał, choć wymagał informacji o ilości obiektów obsługiwanych, również pod tym względem wykaz nie zawiera informacji określonej przez zamawiającego jako istotna w ogłoszeniu. W zakresie tych braków zamawiający powinien podjąć obowiązujące go w postępowaniu procedury na etapie oceny wniosku eSourcing przed jego zakwalifikowaniem do dalszego udziału w postępowaniu. Słuszny jest zatem zarzut odwołującego co do nieprawidłowej oceny wniosku eSourcing i przedwczesnego zakwalifikowania tego wykonawcy do etapu składania ofert, co stanowi naruszenie art. 51 ust. 1 ustawy. Nadto w ocenie Izby zamawiający wymagał podania daty wykonania usługi, ale usługi w rozumieniu zamówienia wskazanego w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w lit. a-i. Natomiast zamawiający powinien był, w ocenie Izby, wyjaśnić, kiedy w ramach wskazywanej rozbudowy systemów wskazanych w wykazie były wykonywane czynności lub realizowane funkcjonalności wymienione w pkt a-i opisu w trybie art. 26 ust. 4 ustawy, albowiem z danych wynikających z wykazu nie wynika, kiedy nastąpiło zakończenie

realizacji usługi obejmującej elementy opisane w warunku i zamawiający nie ma pewności, co do prawidłowego kwalifikowania usług w czasookresie postawionego warunku. Z tego względu Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 51 ust. 1 ustawy przez jego zastosowanie do wniosku eSourcing przed wyczerpaniem obligatoryjnego trybu z art. 26 ust. 4 ustawy. Izba natomiast uznała, że literalne brzmienie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu nie pozwala na przyjęcie, iż zamawiający postawił zakaz wykazywania się doświadczeniem za pomocą systemów udostępnianych w drodze outsourcingu. Izba stwierdziła, również, że brak jest w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu wskazania o jakie dane (wartości) pomiarowe zamawiającemu chodzi. Zamawiający sam uznał, że systemy finansowe mogą być systemami zbierającymi wartości pomiarowe, zatem to odwołującego obciążał dowód, że systemy podane przez eSourcing na stronie internetowej, a w konsekwencji ujawnione w wykazie załączonym do wniosku nie zbierają wartości pomiarowych. W tym zakresie odwołujący poprzestał jedynie na twierdzeniach nie realizując obowiązku dowodowego wynikającego z art. 190 ust. 1 ustawy. Zamawiający i przystępujący podnosili, że odwołujący wykroczył poza zakres zarzutów postawionych w odwołaniu i Izba powinna pominąć argumentację odwołującego, co do outsourcingu, braku podania wartości usług, gdyż odwołujący znając realizacje eSourcing zawarte na jego stronie internetowej, mógł w odwołaniu postawić zarzuty. W ocenie Izby odwołujący w odwołaniu, mimo, że nie znał treści wówczas utajnionego wykazu, zakwestionował dane zawarte w tym wykazie wskazując, że z wezwania zamawiającego wynika, że wykaz został złożony na dokumencie, który zawierał nie obowiązujący opis sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Izba fakt, że rzeczywiście taka sytuacja miała miejsce potwierdziła w toku ustaleń stanu faktycznego, zatem wszelkie błędy tego dokumentu, powinny być brane pod uwagę przez Izbę, przy ocenie czynności zamawiającego, jaką była ocena wykazu, gdyż mieszczą się w granicy postawionego zarzutu, a także dotyczą stanu ustalonego przez Izbę w toku postępowania odwoławczego. W świetle powyższych rozważań Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 51 ust. 1 ustawy przez zaproszenie eSourcing do składania ofert. Uznała również, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy jest przedwczesny, gdyż zamawiający nie wyczerpał obligatoryjnych czynności z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy w stosunku do wniosku eSourcing. Mając to na uwadze Izba działając na podstawie art. 192 ust. 3 pkt. 1 ustawy uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności oceny złożonych wniosków i powtórzenie czynności badania wniosku eSourcing w celu zbadania, czy wniosek ten potwierdza spełnianie opisu sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

Zarzut potwierdził się. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy zamawiający ma obowiązek równego traktowania wykonawców. Nie można uznać za realizację tej zasady sytuacji, w której do składania ofert zaproszony zostaje wykonawca, co do którego zamawiający nie ma pewności czy spełnia on warunki udziału w postępowaniu. Takie działanie powoduje nierówne traktowanie innych wykonawców zaproszonych do składania ofert, którzy są wiarygodni jako podmioty zdolne do realizacji przedmiotowego zamówienia, ale także powoduje nierówne traktowanie wykonawców, którzy nie zostali do zakwalifikowani do składania ofert, którzy przy prawidłowej ocenie wniosku eSourcing mogli mieć większe szanse na zaproszenie do składania ofert. Tym samym Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2, 3 pkt 1 ustawy.

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

Przewodniczący: