

WYROK

z dnia 15 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 listopada 2012 r. przez wykonawcę **EmiTel Sp. z o.o., 31-462 Kraków, ul. Pilotów 4c** w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd Komunikacji Elektronicznej, 01-211 Warszawa, ul. Kasprzaka 18/20**

przy udziale wykonawcy **Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Netia S.A. oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert, z uwzględnieniem ustaleń zawartych w uzasadnieniu niniejszego wyroku;

2. kosztami postępowania obciąża Urząd Komunikacji Elektronicznej, 01-211 Warszawa, ul. Kasprzaka 18/20 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **EmiTel Sp. z o.o., 31-462 Kraków, ul. Pilotów 4c** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Urzędu Komunikacji Elektronicznej, 01-211 Warszawa, ul. Kasprzaka 18/20** na rzecz wykonawcy **EmiTel Sp. z o.o., 31-462 Kraków, ul. Pilotów 4c** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), [zwanej dalej ustawą lub ustawą Pzp], którego przedmiotem jest „Świadczenie usługi zapewnienia łączności pomiędzy lokalizacjami Systemu Platformy Lokalizacyjno Informacyjnej z Centralną Bazą Danych (PLI CBD) przez okres 48 miesięcy oraz przyłączenie PLI CBD do Internetu”. Zdaniem Odwołującego - Emi Tel sp. z o.o. z Krakowa w tym postępowaniu Zamawiający - Urząd Komunikacji Elektronicznej naruszył przepisy ustawy Pzp, uznając jako najkorzystniejszą ofertę spółki pod firmą NETIA S.A. z siedzibą w Warszawie oraz zaniechał

wykluczenia NETII z postępowania a w konsekwencji odrzucenia oferty złożonej przez NETIA i zaniechał dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Powyższe czynności – jego zdaniem - naruszają przepisy ustawy Pzp: (1) art. 7 ust. 1 z uwagi na prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców; (2) art. 22 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt. 4 w z w. z ust 4 – z uwagi na zaniechanie wykluczenia z postępowania NETIA S.A. i uznania jej oferty za odrzuconą; względnie z ostrożności procesowej (3) art. 26 ust. 3 z uwagi na zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów w sytuacji, gdy NETIA S.A. nie wykazała w treści oferty spełniania warunków udziału w postępowaniu, a także (4) art. 91 ust. 1 z uwagi na wybór oferty NETIA, jako najkorzystniejszej, i zaniechanie wyboru oferty Odwołującego i (5) art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 96 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez niewłaściwe zastosowanie, ze względu na to, że Zamawiający wadliwie zweryfikował zasadności utajnienia przez NETIA wykazu urządzeń technicznych, które zostaną wykorzystane do realizacji zamówienia: producent, model, wersja systemu operacyjnego. Wskazując na powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej - oferty złożonej przez NETIA, ponowną ocenę i badanie ofert oraz wykluczenie NETIA z postępowania o udzielenie zamówienia, a także odrzucenia oferty NETIA. Wniósł ponadto o udostępnienie informacji zastrzeżonych przez NETIA

S.A., jako tajemnica przedsiębiorstwa, w zakresie wykazu urządzeń technicznych, które zostaną wykorzystane do realizacji zamówienia: producent, model, wersja systemu operacyjnego oraz wybór, jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego, jak również zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu odwołania w zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy NETIA S.A. i uznania oferty tego wykonawcy - za odrzuconą podał, że przedmiotem zamówienia organizowanego przez Urząd Komunikacji Elektronicznej jest świadczenie usługi zapewnienia łączności pomiędzy lokalizacjami Systemu Platformy Lokalizacyjno Informacyjnej z Centralną Bazą Danych (PLI CBD) przez okres 48 miesięcy oraz przyłączenie PLI CBD do Internetu. Opis przedmiotu zamówienia oraz wymagania Zamawiającego związane z jego realizacją określają postanowienia SIWZ oraz załącznik nr 4 do SIWZ - Oświadczenie skonstruowane na zasadzie pkt. 6.1.2) SIWZ. W odwołaniu wskazano, że (...) Stosownie do pkt. 6 SIWZ pt. „ Warunki udziału w postępowaniu oraz opis dokonywania oceny spełniania tych warunków”, skonstruowanym w oparciu o art. 22 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące między innymi pkt. 6.1.2) SIWZ „posiadania wiedzy i doświadczenia”. Zgodnie z tym warunkiem „Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zrealizował, co najmniej 2 zamówienia, z których każde obejmowało łącznie: wybudowanie (zestawienie, uruchomienie, konfiguracja łączy transmisji danych) sieci rozległej (WAN); oraz zapewnienie zarządzania urządzeniami teletransmisyjnymi i serwisu technicznego tych sieci rozległych (WAN) przez okres, co najmniej 12 miesięcy, „ a także „Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: zrealizował, co najmniej 2 zamówienia, z których każde obejmowało łącznie: budowę punktów dostępowych do sieci Internet o przepływności nie mniej niż 100 Mb/s oraz zapewnienie zarządzania urządzeniami teletransmisyjnymi i serwisu technicznego tych punktów dostępowych przez okres, co najmniej 12 miesięcy; “ wykonawcy byli zobowiązani wykazać spełnienie

warunków, o których mowa w pkt. 6.1.2) SIWZ, nie później niż na dzień składania ofert. Wykonawca NETIA S.A. w odniesieniu, do pkt. 6.1.2) SIWZ wymaganego wykazu w zakresie wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia określonego w ww. punkcie SIWZ, nie dowiodła spełnienia warunku wybudowania sieci WAN (stosownie do pkt. 2 oświadczenia NETII) bądź wybudowania punktów dostępowych do sieci Internet w (stosownie do pkt. 4 oświadczenia NETU), w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie. Zdaniem Odwołującego (...) Nawet, jeżeli by przyjąć, że cały czas zarządza takimi sieciami bądź punktami dostępowymi powyżej 12 - tu miesięcy, nie zmienia to zasadniczej oceny, że wybudowane one były przeszło 3 lata temu, co powodować winno wykluczeniem tego wykonawcy. Odwołujący stwierdził również, że do oferty wykonawcy NETIA S.A. zostały załączone wykazy, które zawierają realizacje usług wykonanych w grudniu 2007 roku bądź lutym 2009 roku. Te usługi jego zdaniem nie mogą zostać uznane za spełniające wymogi określone w pkt. 6.1.2) SIWZ w zakresie wybudowania sieci WAN (stosownie do pkt. 2 oświadczenia NETII) bądź wybudowania punktów dostępowych do sieci Internet (stosownie do pkt. 4 oświadczenia NETIA) w okresie 3 lat do daty składania ofert, ponieważ termin ten upływa z dniem 20 września 2009 roku.

Ponadto w pkt. 7.1.5) SIWZ Zamawiający wymagał dołączenia dokumentu potwierdzającego, że usługi wymienione w wykazie zostały wykonane należycie. Do oferty załączone dokumenty nie pozwalają na weryfikację czy przedstawione referencje istotnie odnoszą się do zamówienia, którego należyte wykonanie mają potwierdzać. Można powiedzieć, że przedstawione referencje odnoszą się jedynie do ogólnych opinii dotyczących współpracy pomiędzy NETIĄ i jej kontrahentami. I tak, pierwsza z prezentowanych referencji wystawiona przez Urząd Komunikacji Elektronicznej na potwierdzenie zamówienia nr 2 z wykazu nie stwierdza by NETIA S.A. zajmowała się zapewnieniem zarządzaniem urządzeniami transmisyjnymi bądź serwisem technicznym sieci rozległych. Jednocześnie referencje przedstawione na potwierdzenie zamówienia z pkt 3 wykazu nie odnoszą się do tego by NETIA zapewniała składającemu referencje zarządzanie urządzeniami telekomunikacyjnymi i serwis techniczny tych punktów dostępowych. NETIA nie przedstawiła też w wykazach wykonanych zamówień pkt 1 – 2, że zapewnienie zarządzania urządzeniami teletransmisyjnymi i serwisu technicznego tych sieci rozległych (WAN)

trwa przez okres wymagany w SIWZ a więc „co najmniej 12 miesięcy” podobnie jak nie przedstawiła w wykazach wykonanych zamówień pkt. 3 – 4, że zapewnienie zarządzania urządzeniami teletransmisyjnymi i serwisu technicznego tych punktów dostępowych trwa przez okres wymagany w SIWZ a więc „co najmniej 12 miesięcy”. Odwołujący podał także, że dnia 19 października 2012 r. NETIA została wezwana do złożenia wyjaśnień celem określenia, przez jaki okres NETIA: (1) zapewniała zarządzanie urządzeniami teletransmisyjnymi i serwis techniczny sieci rozległych (poz. 1 i 2 wykazu wykonywanych usług) (2) zapewniała zarządzanie urządzeniami teletransmisyjnymi i serwis techniczny punktów dostępowych (poz. 3 i 4 wykazu wykonywanych usług). W udzielonych wyjaśnieniach NETIA potwierdziła, że w odniesieniu do pozycji 1 - 2 wykazu wykonywanych usług zapewniała zarządzanie urządzeniami teletransmisyjnymi i serwis techniczny sieci rozległych przez okres 12 miesięcy, a do pozycji 3 i 4 wykazu wykonywanych usług zapewniała zarządzanie urządzeniami teletransmisyjnymi i serwisu technicznego punktów dostępowych przez okres, co najmniej 12 miesięcy, jednakże na takie okoliczności NETIA nie przedstawiła żadnych referencji. Skoro NETIA podaje za dzień uruchomienia usługi na rzecz Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej miesiąc listopad 2010 r. to referencje wystawione na 15 czerwca 2011 r. nie potwierdzają w żadnej mierze, że NETIA zapewniała Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej „zarządzanie urządzeniami teletransmisyjnymi i serwisu technicznego tych sieci rozległych (WAN) przez okres, co najmniej 12 miesięcy.” Pomiędzy listopadem 2010 roku a czerwcem 2011 roku możemy policzyć okres jedynie 8 miesięcy a niewymaganych 12 - tu. Zdaniem Odwołującego (...) Nie jest, więc jasne czy NETIA faktycznie świadczyła należycie usługi w okresie wymaganym przez Zamawiającego. Analogicznie referencje wystawione przez Komendę Stołeczną Policji nie mogą potwierdzić należytego wykonywania usługi zapewnienia „zarządzania urządzeniami teletransmisyjnymi i serwisu technicznego tych punktów dostępowych przez okres, co najmniej 12 miesięcy” skoro NETIA podaje, że wybudowała te łącza w sierpniu 2010 roku a referencje uzyskała z dnia 21 grudnia 2010 roku tj. już po pięciu miesiącach świadczenia usługi. Zamawiający z całą pewnością z referencji NETII nie uzyskał potwierdzenia czy usługi świadczone przez NETIĘ były świadczone należycie przez okres wymagany przez Zamawiającego. Wykonawca podniósł również, że Zamawiający postanowił w SIWZ, iż „o udzielenie zamówienia ubiegać się mogą Wykonawcy którzy spełniają warunki (...) posiadania wiedzy i doświadczenia”.

Zacytowana wskazówka została zamieszczona zarówno w SIWZ a odwołanie do niej znalazło się w formularzu ofertowym, gdzie wykonawcy mieli wymienić wybudowane: sieci WAN bądź punkty dostępowe Internetu o przepływności powyżej 100 Mb/s w okresie ostatnich 3-ech lat. Tego warunku NETIA nie wypełniła oraz nie przedstawiła prawidłowych referencji. Tym samym zaistniała przesłanka do wykluczenia NETII i uznania jej oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust 2 pkt. 4 w z w. z art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych. W konsekwencji Zmawiający naruszył także przepis art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż wybór oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu NETIA świadczy jednocześnie o nierównym traktowaniu wykonawców, którzy złożyli oferty.

Wykonawca podniósł jednocześnie, że zarzut dotyczący braku wezwania NETU do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów potwierdzających jej wiedzę i doświadczenie w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, potwierdzających doświadczenie zawodowe we wskazanym zakresie został złożony przez Odwołującego z ostrożności procesowej, albowiem w przypadku, (...) gdy Zamawiający skorzystał już z trybu uzupełniania dokumentów lub oświadczeń w stosunku do ww. wykonawcy w zakresie dotyczącym potwierdzenia spełniania warunku, wiedzy i doświadczenia, nie jest możliwe ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia dokumentów lub oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający zobowiązany jest, zatem dokonać oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do oferty NETU na podstawie dokumentów, które do chwili obecnej zostały przez wykonawcę złożone a które nie potwierdzają by NETIA spełniła warunki określone przez Zamawiającego. Podał także, że Zamawiający aż trzykrotnie korzystał z instytucji wyjaśnień. Jeżeli jednak przyjąć możliwość ponownego zawiadzenia NETII do złożenia wyjaśnień i dostarczenia dokumentów to zauważyć, że NETIA i tak w złożonych wyjaśnieniach nie może zmienić jasno określonego przez siebie terminu wybudowania sieci WAN oraz wybudowania łączy dostępowych, wykraczającego poza daty wymagane przez Zamawiającego. Zmiana takich terminów była by de facto zmianą oferty NETII, co już z oczywistych względów nie może mieć miejsca. Odwołujący stwierdził ponadto, że zarzut (...) Zaniechania udostępnienia Odwołującemu kompletnych treści oferty NETII, co obejmuje w szczególności wykaz urządzeń technicznych, które zostaną wykorzystane do realizacji zamówienia: producent, model, wersja systemu operacyjnego; a tym samym bezpodstawne

uznanie za skutecznie dokonane zastrzeżenie informacji, jako tajemnica przedsiębiorstwa, które za tajemnicę nie mogą być uznane. Właściwym działaniem Zamawiającego było dokonanie oceny prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w złożonych ofertach. Wątpliwości ujawnione w toku badania prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Zamawiający wyjaśniał na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednakże otrzymane od wykonawcy NETIA wyjaśnienia w ocenie Odwołującego nie są przekonujące w zakresie utajnienia: producenta, modelu, wersji systemu operacyjnego, wykorzystywanych do świadczenia usługi i winy skutkować ich odtajnieniem. (...) Zgodnie z wyjaśnieniami NETIA z dnia 3 października 2012 roku cyt.: „utajnione zostały tabele z Załącznika nr B Umowy dotyczące wymagań w zakresie sprzętu. Jednocześnie NETIA wyjaśnia, że informacją stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa są wyłącznie informacje dotyczące producenta, modelu i wersji systemu operacyjnego wskazane w tym Załączniku nr B. Pozostałe informacje zawarte w tym Załączniku nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i wyrażamy zgodę na udostępnienie ich innym wykonawcom.” Z całą pewnością wyjaśnienia NETII są wewnątrznie sprzeczne. Otóż w ocenie tego wykonawcy nie stanowi tajemnicą informacja o parametrach technicznych wykorzystywanych urządzeń, ale już informacja jak to urządzenie się nazywa tak. Odwołujący ocenia, że Zamawiający niesłusznie uznał, że nazwa użytego w postępowaniu przetargowym urządzenia, które są powszechnie dostępne na rynku dla wszystkich przedsiębiorców telekomunikacyjnych może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, mającą dla niego wartość gospodarczą a tym samym nie jest możliwe ich utajnienie. Oferowane urządzenia są wykorzystywane na potrzeby sieci operatorów telekomunikacyjnych, są powszechnie znane, a parametry ich pracy są podawane przez ich producentów w Internecie, publikowanych katalogach oraz podawane na wystawach. Każde urządzenie telekomunikacyjne przed dopuszczeniem do obrotu musi uzyskać świadectwo dopuszczenia lub atest, w którym producent w oparciu o określone badania laboratoryjne wskazuje jego parametry pracy, przeznaczenie, możliwość współpracy w sieci oraz określenie parametrów stosowania, zasad użytkowania bądź obsługi systemu operacyjnego. Podmioty trudniące się zawodowo dostarczaniem usług telekomunikacyjnych znają producentów urządzeń aktywnych oraz parametry tych urządzeń. Zatem (...) jaką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi marka i producent urządzenia, gdyż nie są to urządzenia unikalne i są wykorzystywane przez

wszystkich przedsiębiorców telekomunikacyjnych, a zapoznanie się z nimi przez osoby trzecie nie stanowi o naruszaniu know-how wykonawcy. Brak jest, zatem podstaw do uznania, że zastrzeżone dane mają wartość gospodarczą na tyle istotną, że zasadne jest wyłączenia ich kontroli przez konkurujących wykonawców, co implikuje stwierdzenie, że powyższe zastrzeżenie nie wypełnia dyspozycji art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podał także, że (...) Jedną z istotnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest jego jawność. Zasada jawności jest jedną z naczelných norm, na których opiera się całe Prawo zamówień publicznych. Każde naruszenie zasady jawności przyczynia się do wadliwości prowadzonego postępowania i w efekcie może prowadzić do unieważnienia postępowania. Powołując się na orzecznictwo KIO stwierdził, że (...) zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy, gdyż zasadą jest jawność postępowania o zamówienie publiczne i jawność ofert. Oznacza to, iż Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz żądać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony. Zamawiający powinien bardzo dokładnie zbadać wyjaśnienia i ofertę pod kątem spełnienia przez zastrzeżone informacje wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 4 uznk, czego w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie uczynił. Podkreślił, że (...) wykonawca występujący na rynku zamówień publicznych powinien mieć świadomość, że składając ofertę w takim postępowaniu zamierza skorzystać ze środków publicznych. Wydawanie tych środków winno odbywać się w sposób transparentny dla podmiotów biorących w nim udział. Dlatego też jego oferta powinna być jawna dla wszystkich wykonawców, a tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i w niezbędnym zakresie może korzystać z ochrony poprzez utajnienie informacji mających dla wykonawcy znaczącą wartość. Zamawiający powinien zawsze badać, czy objęte tajemnicą informacje mają „wartość gospodarczą” i w związku z tym, czy mogą być zastrzeżone. Zamawiający dokonując badania zasadności utajnienia części oferty winien rozważyć czy zastrzeżone przez wykonawcę informacje mające, co prawda charakter poufny, posiadają dla wykonawcy wartość gospodarczą na tyle dużą, iż prawo do poufności przeważa nad zasadą jawności postępowania, tym bardziej, że bez wiedzy o marce i producencie urządzenia nie jest możliwe podjęcie przez Odwołującego weryfikacji czy faktycznie takie urządzenia spełniają wymogi techniczne postawione przez Zamawiającego. Odwołujący stwierdził, że (...) dostawa Internetu jest jedną z

najprostszych usług telekomunikacyjnych, jest powszechnie dostępna na rynku. Jest to usługa świadczona przez małych przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Fakt wprowadzenia do ich wykonywania nowych urządzeń przy pomocy, których może być wykonywana nie zmienia formy ich wykonywania, lecz stawia tylko większe wymagania, co do kwalifikacji wykonujących te prace osób. Dlatego też przy przyjęciu powyższych ustaleń zarzut bezzasadnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa, danych: producenta, modelu, wersji systemu operacyjnego urządzeń użytych do realizacji usługi. Jego zdaniem (...) Informacje zastrzeżone przy dokładnej analizie nie spełniają wymogów z art. 11 ust.4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wadliwość zastrzeżenia informacji ma tym samym istotny wpływ na wynik postępowania, co winno implikować również nakazaniem unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż tylko w taki sposób Odwołujący, który stwierdzi nieprawidłowości w zastrzeżonej części oferty wybranego wykonawcy, będzie mógł wnieść w przyszłości odwołanie do KIO po dokładnym badaniu konkurencyjnych oferty również w ich odtajnionych częściach. (...) W ocenie wykonawcy, Zamawiający również wadliwie nie odtajnił referencji znajdujących się na str. 10 oferty, które to referencje, co do zasady zbierane są przez wykonawców celem ich późniejszego przedstawiania publicznego, przedstawiania innym kontrahentom bądź legitymowania się w zamówieniach publicznych nie jest więc zasadne zastrzeżenie ich treści jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca NETIA S.A., wnosząc o oddalenie odwołania z uwagi na bezzasadność podnoszonych zarzutów.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił zarzut sformułowany w pkt 1 odwołania, w części dotyczącej naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dotyczący zaniechania wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że usługi wskazane w wykazie zostały wykonane lub są wykonywane należycie przez okres co najmniej 12 miesięcy, w odniesieniu do okresu za jaki została wystawiona referencja oraz zarzut sformułowany w pkt 2 odwołania, dotyczący zaniechania udostępnienia Odwołującemu dokumentów wskazanych w odwołaniu, w szczególności wykazu urządzeń technicznych, które zostaną wykorzystane do realizacji zamówienia. W pozostałym zakresie wniosł o oddalenie

odwołania, stwierdzając, że nie podziela stanowiska Odwołującego co do zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania i tym samym naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, oraz, co do zaniechania uznania oferty Przystępującego za odrzuconą i tym naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. W tym przypadku stwierdzi, że Odwołujący żądanie wykluczenia Przystępującego z postępowania wywodzi z faktu, iż wybudowanie sieci WAN (usługa wskazana w pkt 2 wykazu usług) oraz wybudowanie punktów dostępowych do sieci Internet (usługa wskazana w pkt 4 wykazu) nastąpiło wcześniej niż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, tj. przed dniem 20 września 2012 r. (...) Odwołujący na potrzeby uzasadnienia konieczności wykluczenia Przystępującego z postępowania, podzielił usługę, której wykonanie powinni wykazać wykonawcy, na dwie części i z faktu, iż jedna z wydzielonych przez Odwołującego części usługi została zakończona przed okresem trzech ostatnich lat przed upływem terminu składania ofert wywodzi, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia. Zdaniem Zamawiającego dla oceny wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia nie ma znaczenia, jak twierdzi Odwołujący, że wybudowanie sieci WAN oraz wybudowanie punktów dostępowych do sieci Internet nastąpiło w terminie wcześniej niż w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert. Nie ma bowiem znaczenia kiedy nastąpiło wykonanie jednej z wielu czynności wchodzących w skład realizowanego zamówienia (usługi) nawet, jeżeli ta część usługi została wymieniona przez Zamawiającego przy formułowaniu warunków udziału w postępowaniu. Data wybudowania sieci WAN oraz wybudowania punktów dostępowych miałyby znaczenie tylko wtedy, gdyby Zamawiający żądał wykazania wykonania usługi polegającej na wybudowaniu, np. sieci WAN. W przedmiotowym postępowaniu wybudowanie sieci WAN oraz wybudowanie punktów dostępowych do sieci Internet nie stanowią odrębnych zamówień (usług), a zatem dla oceny, czy wykonawcy wykazali spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia nie ma żadnego znaczenia data zakończenia wykonywania tej części usługi. Ważne jest tylko, aby usługi takie zostały wykonane do upływu terminu składania ofert. Podniósł również, że w celu wykazania spełnienia wyżej wskazanych warunków, żądał od wykonawców złożenia wraz z ofertą wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług, w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem

terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do niniejszej SIWZ wraz dokumentami potwierdzającymi, że usługi wskazane w wykazie, o którym mowa w pkt 7.1.4) niniejszej SIWZ, zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Zarówno Przystępujący, jak i Odwołujący wskazali usługi o charakterze ciągłym, które są wykonywane na dzień składania ofert. Wykonywanie usługi wskazanych przez Przystępującego nie zostało zakończone przed upływem trzech lat od terminu składania ofert. Dlatego też, w tym zakresie Przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, dlatego zarzut konieczności wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4, jak również złożony z „ostrożności procesowej” zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy jest bezpodstawny. Bezzasadne jest również jego zdaniem twierdzenie, że Zamawiający gdyby uznał, że wskazane usługi nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie mógłby skorzystać z wezwania Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia wykazu usług, w kwestionowanym przez Odwołującego zakresie. Zdaniem Odwołującego „zmiana jasno określonego terminu wybudowania sieci WAN oraz wybudowania łączy dostępowych byłaby de facto zmianą oferty Przystępującego, co już z oczywistych względów nie może mieć miejsca”. Takie twierdzenie jest bezpodstawne, albowiem dokonując zmian w zakresie wykazu wykonanych lub wykonywanych usług, wykonawca nie dokonuje niedozwolonych zmian w treści oferty, o których mowa w art. 87 ust. 1 ustawy, gdyż przepis ten dotyczy treści oferty, a nie treści dokumentów i oświadczeń składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zatem (...) Powiązanie art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 1 należy uznać za nieuprawnione. W tym przypadku podał, że nie wzywał Przystępującego do uzupełnienia wykazu wykonanych usług w zakresie kwestionowanym przez Odwołującego. Również nie ma uzasadnienia, zarzut, iż referencje przedstawione przez Przystępującego „odnoszą się jedynie do ogólnych opinii dotyczących współpracy pomiędzy Przystępującym i jej kontrahentami”. Wskazując na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej stwierdził, że Wykaz usług służy potwierdzeniu ilości, wartości, zakresu i terminu wykonania usługi, natomiast dokumenty, np. referencje służą potwierdzeniu, że usługi zostały wykonywane lub są wykonywane należycie. Referencje nie służą zatem wykazaniu pełnego zakresu usług, jak również ich zgodności z warunkiem postawionym dla wykazania doświadczenia. Celem referencji jest wyłącznie potwierdzenie, że usługi

zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Dlatego też, ze wskazanych powyżej zarzutów, referencje dotyczące usług wskazanych w pkt 2 i 3 wykazu nie stanowią przesłanki do wykluczenia Przystępującego z postępowania, jak również w niniejszym postępowaniu nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu. Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze przede wszystkim dyrektywę wynikającą z art. 192 ust.7 ustawy Pzp zgodnie z którą, Izba orzeka wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu oraz z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, w myśl której strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów z których wywodzą skutki prawne. Izba miała także na względzie art. 192 ust.2 ustawy Pzp, gdyż wskazane w odwołaniu naruszenia, stanowiące podstawę uwzględnienia odwołania, mogą mieć istotny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przede wszystkim zasadny jest zarzut braku wezwania wykonawcy NETIA S.A. do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku i tym samym zasadne jest wskazane w odwołaniu naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na nie wykazanie w ofercie przez wykonawcę NETIA S.A. spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie określonym pkt 6.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia [siwz].

Tak jak ustaliła Izba, w specyfikacji Zamawiający żądał wykazania, że (pierwszy warunek) a) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zrealizował co najmniej 2 zamówienia, z których każde obejmowało łącznie: wybudowanie (zestawienie, uruchomienie, konfiguracja łączy transmisji danych) sieci rozległej (WAN) oraz zapewnienie zarządzania urządzeniami teletransmisyjnymi i serwisu technicznego tych sieci rozległych (WAN) przez okres co najmniej 12 miesięcy oraz, że (drugi warunek) b) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym

okresie: zrealizował co najmniej 2 zamówienia, z których każde obejmowało łącznie: budowę punktów dostępowych do sieci Internet o przepływności nie mniej niż 100 Mb/s oraz zapewnienie zarządzania urządzeniami teletransmisyjnymi i serwisu technicznego tych punktów dostępowych przez okres co najmniej 12 miesięcy.

Izba, dokonując oceny potwierdzenia w ofercie spełniania tych warunków przez wykonawcę NETIA S.A., miała na uwadze zasadę, że kluczowym dokumentem dla oceny oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest Ogłoszenie o zamówieniu i specyfikacja istotnych warunków zamówienia, określające wymagania, zarówno podmiotowe jak i przedmiotowe, w danym postępowaniu o zamówienie publiczne. Rozszerzona interpretacja ustalonych warunków, tak jak w niniejszej sprawie, jest niedopuszczalna. Podobnie nieuprawniona jest „nadinterpretacja”, która także prowadzi w konsekwencji do zmiany warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdza, że zamówienia wskazane pod poz. 2 i 4 Wykazu nie mogą być uznane za usługi wymagane dla potwierdzenia wybudowania (zestawienia, uruchomienia, konfiguracja łączy transmisji danych) sieci rozległej (WAN) oraz dla potwierdzenia budowy punktów dostępowych do sieci Internet o przepływności nie mniej niż 100 Mb/s. Także zarzut, odnoszący się do dokumentu referencji przedłożonych dla usług pod poz. 1 - 4 Wykazu, celem potwierdzenia należytego wykonywania zapewnienia zarządzania urządzeniami teletransmisyjnymi i serwisu technicznego sieci rozległych (WAN) przez okres co najmniej 12 miesięcy oraz zapewnienia zarządzania urządzeniami teletransmisyjnymi i serwisu technicznego tych punktów dostępowych przez okres co najmniej 12 miesięcy - podlega uwzględnieniu.

Odnosnie pierwszego z zarzutów, Izba podzieliła pogląd Odwołującego, że potwierdzeniem spełniania warunku może być tylko taka usługa, która została wykonana również w zakresie wybudowania (zestawienia, uruchomienia, konfiguracja łączy transmisji danych) sieci rozległej (WAN) oraz budowy punktów dostępowych do sieci Internet o przepływności nie mniej niż 100 Mb/s w okresie ostatnich 3 lat od daty składania ofert. Zdaniem Izby wynika to bezsprzecznie z treści spornego postanowienia specyfikacji. W przypadku tego postępowania termin

składania ofert upływał w dniu 20 września 2012 r., a zatem wskazany w odwołaniu termin [„z dniem 20 września 2009 r.”] jest zasadny dla oceny spełniania tego warunku. Również zdaniem Izby termin trzyletni obiektywnie musi się odnosić do pierwszego elementu z warunku, jaką jest budowa sieci oraz budowa punktów, albowiem konsekwencją tego jest możliwość realizacji drugiego elementu warunku, a dotyczącego zarządzania urządzeniami teletransmisyjnymi i serwisu technicznego tych sieci rozległych (WAN oraz zapewnienie zarządzania urządzeniami teletransmisyjnymi i serwisu technicznego tych punktów dostępowych, w ograniczonym okresie czasu do 12 miesięcy, jednakże dalej w tym trzyletnim okresie. W tym przypadku Odwołujący słusznie zauważył, że wskazane przez niego usługi w Wykazie obejmowały także co do wymaganej budowy sieci i punktów okres trzyletni – tak jak stanowił warunek z pkt 6.1.2. specyfikacji.

Co do drugiego z zarzutów Izba stwierdziła, że referencje załączone do oferty, z uwagi na ich treść, nie mogą być dokumentem potwierdzającym należyte wykonywanie usługi przez okres co najmniej 12 miesięcy. Izba podziela tylko częściowo pogląd Zamawiającego, co do charakteru dokumentu referencyjnego. W niniejszym postępowaniu dokumentem potwierdzającym ilość, wartość czy zakres usługi jest z pewnością Wykaz usług. Jednakże referencje, aby służyły potwierdzeniu, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należyście w odniesieniu do usług ciągłych [niezakończonych] muszą uwzględniać termin w którym są wykonywane, dla ustalenia hipotetycznego terminu końcowego. Izba zwraca uwagę, że w odniesieniu do usług ciągłych należyta staranność wymagana jest w całym okresie ich realizacji, a zatem dokument referencyjny w tym przypadku powinien być na bieżąco aktualizowany z uwzględnieniem przewidzianego terminu składania ofert w danym postępowaniu. Izba zwraca także uwagę, że referencje załączone do oferty przez wykonawcę NETIA S.A. nie potwierdzają nawet należytego wykonywania usługi w okresie co najmniej 12 miesięcy w ustalonym 3 letnim okresie, co słusznie zauważył Odwołujący.

Tym samym Izba uwzględniła w całości podnoszone zarzuty tak jak wskazano powyżej. W przypadku tych zarzutów Zamawiający powinien zastosować procedurę określoną w art. 26 ust.3 ustawy Pzp i wezwać wykonawcę NETIA S.A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku z pkt 6.1.2

specyfikacji w wymaganym zakresie tj. w odniesieniu do 2 zadań określonych odpowiednio pod lit. a) i lit. b) wskazanego w pkt 6.1.2 specyfikacji. W tym przypadku Izba nie podzieliła poglądu Odwołującego, że w niniejszej sprawie nie może mieć zastosowania art. 26 ust.3 ustawy Pzp m.in. z tego powodu, że Zamawiający (...) aż trzykrotnie korzystał z instytucji wyjaśnień. Izba zwraca uwagę, że tylko jedno z wezwań zostało oparte na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp i dotyczyło kandydata wskazanego w Wykazie osób przewidzianych do realizacji zamówienia. Ponadto art. 26 ust.3 ustawy Pzp – tak jak wskazuje się w orzecznictwie KIO – pozwala na uzupełnienie, tak jak w niniejszej sprawie, Wykazu usług o nowe usługi czy nowe dokumenty, jeżeli dotychczas złożone w ofercie są wadliwe – nie potwierdzają wymaganego w danym postępowaniu warunku uczestnictwa. Oczywiście nie może to prowadzić w konsekwencji do zmiany składanych oświadczeń, chyba że ich złożenie obiektywnie mogło być skutkiem oczywistego, łatwo dostrzegalnego błędu.

Także podlega uwzględnieniu zarzut dotyczący zaniechania udostępnienia Odwołującemu dokumentów wskazanych w odwołaniu, w szczególności wykazu urządzeń technicznych, które zostaną wykorzystane do realizacji zamówienia oraz referencji [str 10 oferty] dla usługi wykazanej pod poz.4 Wykazu. Zarzut ten uwzględnił w całości Zamawiający. Izba, w tym przypadku, zwraca uwagę – co podniósł słusznie Odwołujący - że wyjaśnienia udzielone w niniejszej sprawie przez wykonawcę NETIA S.A. można uznać za wewnętrznie sprzeczne w sytuacji, gdy dla wykonawcy nie stanowi tajemnicą informacja o parametrach technicznych wykorzystywanych urządzeń, ale już informacja jak to urządzenie się nazywa tak. Tym samym Zamawiający niesłusznie uznał, że nazwa użytego w postępowaniu przetargowym urządzenia, które są powszechnie dostępne na rynku dla wszystkich przedsiębiorców telekomunikacyjnych może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, mającą dla niego wartość gospodarczą i tym samym nie jest możliwe ich zastrzeżenie. Jak zasadnie wskazał wnoszący odwołanie wykonawca (...) Oferowane urządzenia są wykorzystywane na potrzeby sieci operatorów telekomunikacyjnych, są powszechnie znane, a parametry ich pracy są podawane przez ich producentów w Internecie, publikowanych katalogach oraz podawane na wystawach. Każde urządzenie telekomunikacyjne przed dopuszczeniem do obrotu musi uzyskać świadectwo dopuszczenia lub atest, w którym producent w oparciu o

określone badania laboratoryjne wskazuje jego parametry pracy, przeznaczenie, możliwość współpracy w sieci oraz określenie parametrów stosowania, zasad użytkowania bądź obsługi systemu operacyjnego. Podmioty trudniące się zawodowo dostarczaniem usług telekomunikacyjnych znają producentów urządzeń aktywnych oraz parametry tych urządzeń. (...) Brak jest, zatem podstaw do uznania, że zastrzeżone dane mają wartość gospodarczą na tyle istotną, że zasadne jest wyłączenia ich kontroli przez konkurujących wykonawców, co implikuje stwierdzenie, że powyższe zastrzeżenie nie wypełnia dyspozycji art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podobne stanowisko Izba zajmuje w odniesieniu do poz. 4 z Wykazu osób oraz przedłożonej dla tej usługi referencji.

Wobec powyższych ustaleń, Zamawiający jest zobowiązany udostępnić, w zakresie wskazanym w odwołaniu, informacje niezasadnie zastrzeżone w ofercie przez wykonawcę NETIA S.A. jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji, uznając, że także podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 7 ust.1 i art. 91 ust.1 ustawy Pzp jest zasadny z uwagi na wybór oferty NETIA S.A., jako najkorzystniejszej z pominięciem podczas badania i oceny tej oferty procedury określonej art. 26 ust.3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: